



DOCTORAT DE DROIT PRIVÉ

Arnaud LATIL

CRÉATION ET DROITS FONDAMENTAUX

Présentée et soutenue publiquement le 18 novembre 2011 à 14h
à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

Jury :

Jean-Michel BRUGUIERE, Professeur à l'Université de Grenoble (Rapporteur)

Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à l'Université de Limoges
(Rapporteur)

Yves REINHARD, Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3
(Directeur de recherche)

Thierry REVET, Professeur à l'Université Paris 1-Panthéon Sorbonne

Édouard TREPPOZ, Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

Remerciements

Je souhaite tout d'abord remercier le Professeur Yves Reinhard pour son accompagnement au long de ce travail de recherche.

Mes remerciements vont aussi à tous ceux qui m'ont apporté leur soutien et leurs conseils, particulièrement aux Professeurs Edouard Treppoz, Jean-Sylvestre Bergé, Nicolas Binclin et Jean Lapousterle, ainsi qu'à Anne-Cécile Martin, Armand Dadoun, Thomas Hochmann, Vidal Serfaty et Mathieu Dhenne.

Je remercie également Monsieur Nicolas Bonnal, Président de la 17^e chambre du TGI de Paris, Monsieur Thierry Desurmont, Vice-Président du directoire de la Sacem et Maître Christophe Bigot pour les entretiens qu'ils m'ont accordés.

J'adresse mes remerciements à David Séchan et Juliette Metz des Editions Encore Merci pour leur confiance.

Je remercie mes correctrices, Sylvie Gillier-Imbs, Catherine Latil et Pascale Gillier.

À Julie, pour son courage et sa patience.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

<i>INTRODUCTION GÉNÉRALE</i>	13
<i>PARTIE I – L’ACTE CRÉATIF</i>	31
Titre 1 – L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉER	33
Chapitre 1 – La liberté de créer	35
Chapitre 2 – L’effectivité de la liberté de créer	85
Titre 2 – LA LIMITATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉER	125
Chapitre 1 – La légitimité des restrictions	127
Chapitre 2 – La proportionnalité des restrictions	173
<i>PARTIE II – LE BIEN CRÉATIF</i>	223
Titre 1 – L’AFFIRMATION DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN CRÉATIF	227
Chapitre 1 – Le droit de propriété du bien créatif	229
Chapitre 2 – L’effectivité du droit de propriété du bien créatif	283
Titre 2 – LA LIMITATION DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN CRÉATIF	329
Chapitre 1 – La légitimité des restrictions	331
Chapitre 2 – La proportionnalité des restrictions	381
<i>CONCLUSION GÉNÉRALE</i>	405

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
ADPIC	Accord sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.
AJDA	L'actualité juridique – Droit administratif
al.	Alinéa
alii.	Et autres
APD	Archives de philosophie du droit
Arr.	Arrêté
art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. civ.	Code civil
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
C.A.	Cour d'appel
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
cf.	Confrontez
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'État
Charte DFUE	Charte DFUE
Cour EDH	Cour EDH
Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CJUE	CJUE
Comp.	Comparez
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique
Comm. EDH	Commission de la Cour européenne des droits de l'homme
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons.	Considérant
CPC	Code de Procédure civile
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
CSP	Code de la Santé Publique
D.	Recueil Dalloz
DDH	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
Dr. soc.	Droit social
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme (Paris, 10 décembre 1948)
ed.	Edition
fasc.	Fascicule

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	au même endroit
infra	Plus bas
I.R.	Informations rapides (Recueil Dalloz)
JCl.	Juris-classeur
JCP G	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
JCP E	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition entreprise
JCP N	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition notariale
JDI	Journal de droit international (Clunet)
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
obs.	Observations
op. cit.	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
p.	page
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 19 décembre 1966)
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)
prec.	précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprochez
RDC	Revue de droit des contrats
RDP	Revue de droit public et de la science politique
Rec. Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)
Rep. Dalloz	Répertoire Dalloz
Req.	Requête
Rev. inter. dr. eco.	Revue internationale de droit économique
Rev. trim. dr. h.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RFD Adm.	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
R.J. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RRJ	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
RSC	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant(e)s
Som. Com.	Sommaires commentés (Recueil Dalloz)
spéc.	Spécialement
supra	Plus haut

T.	Tome
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
UE	Union européenne
voy.	Voyez
vol.	volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La création se moque impitoyablement de la créature et lui décoche à toute minute des sarcasmes sanglants. Tout est indifférent à tout, et chaque chose vit ou végète par sa propre loi ».

Th. Gautier, *Mademoiselle de Maupin*, ch. IX, 1835.

1. Les créations sont incontournables. Elles innervent la plupart des activités humaines : informatique, art, science, technique, ingénierie, biotechnologie, commerce, *design*, marketing, etc. Elles constituent des éléments essentiels de la vie économique et sociale. Ce sont pourtant des choses d'une nature particulière car elles dépendent de l'action des hommes. Il n'existe aucune création « à l'état brut » : sans homme ni femme, il n'y a pas de création.

2. *Les significations du mot « création »*. Le mot « création » possède deux significations. La première désigne « l'action de faire ou d'organiser une chose qui n'existait pas encore »¹. La création est d'abord une *action* possédant des qualités de créativité, c'est-à-dire un *acte créatif*. Les activités créatives s'opposent alors aux activités mécaniques, répétitives ou sans originalité. Elles désignent « la libre production d'une valeur nouvelle »². L'invention, notion voisine de la création, signifie dans le même sens « l'acte de produire par ses propres moyens »³. La seconde signification du terme création fait référence à « l'ensemble des choses créées »⁴. Il ne s'agit plus ici d'une action mais d'une *chose créative*. Elle s'oppose à la destruction, la copie, l'imitation ou la banalité. Le mot « création » désigne

¹ *Le Petit Robert*, 2011.

² B. BOURGEOIS, « Création », *Encyclopaedia Universalis*, 2002, t. 6, p. 659.

³ A. MOLHES, « Invention », *Encyclopaedia Universalis*, op. cit., t. 12, p. 350.

⁴ *Le Petit Robert*, 2011.

ainsi en même temps une *activité* et une *chose*. Cette double signification irriguera la suite de nos développements.

3. Les études portant sur la création. De nombreux champs disciplinaires abordent la notion de création. L'étude de la création a d'abord été réalisée par la théologie⁵. Le dogme créationniste considère en effet que Dieu est à l'origine de la *Création*. Sans entrer dans la subtilité des convictions religieuses, relevons que la conception divine de la Création décline dans les sciences humaines à partir du XIX^e siècle, notamment sous l'influence du darwinisme et du matérialisme historique. Au-delà de la théologie, l'étude de la création est réalisée par d'autres disciplines. Elle est en particulier étudiée par la philosophie esthétique⁶. Son étude correspond alors à l'observation de toutes les formes de création artistique (littérature, arts plastiques, art dramatique, cinéma, musique, etc.). La création est ensuite appréhendée par la psychologie et la psychanalyse⁷. Son étude est parfois désignée sous le terme de « créatique »⁸. Elle correspond à l'analyse des mécanismes intellectuels correspondant à l'acte de création. Elle est ensuite un objet d'étude des sciences économiques⁹. Le plus souvent assimilée à l'invention, elle est notamment au cœur de l'économie industrielle chez Schumpeter¹⁰. Elle fait aussi l'objet de recherches sociologiques portant sur la dynamique des groupes d'inventeurs et de créateurs¹¹. La créativité est également étudiée à travers les techniques de management et de gestion¹². Elle est alors

⁵ A. REY, (Dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, p. 1975.

⁶ Les philosophes de l'Antiquité, en particulier Homère et Platon, envisagent l'art à travers le beau et le bien. Plus tard, l'esthétique désignera, en philosophie, la science du sensible. L'origine du terme est attribuée au philosophe allemand Baumgarten avec son ouvrage *Aesthetica* paru en 1750. Les philosophes modernes, en particulier Kant et Hegel, inscrivent ensuite durablement l'esthétique en tant que philosophie de l'art. La création et la créativité demeurent aujourd'hui l'objet d'étude de la philosophie, influencées notamment par l'Ecole de Francfort et le postmodernisme français.

⁷ M.-L. ROUQUETTE, *La créativité*, PUF, Que sais-je ?, 7^e ed., 2007.

⁸ G. et B. VERALDI, *Psychologie de la création*, Marabout, 1972, M. DEMAREST, *La créatique : psychopédagogie de l'invention*, 1976, 2^e ed., Le Courrier du livre, T. LUBART, *Psychologie de la créativité*, A. Colin, 2003.

⁹ F. PERROUX, *Industrie et création collective*, t. I et II, PUF, 1970.

¹⁰ SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942. L'auteur y développe la célèbre théorie de l'innovation conduisant à la « destruction créatrice ».

¹¹ G. GAGLIO, *Sociologie de l'innovation*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011. P.-M. MENGER, *Le travail créateur. S'accomplir dans l'incertain*, Gallimard, Seuil, 2009, *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphose du capitalisme*, Seuil, coll. « La République des Idées », 2002.

¹² Le management propose un grand nombre de techniques de gestion de la créativité. Ces techniques ont pour objet la mise en place de stratégies de la créativité (comment créer ?) et de gestion des risques de la création (comment intégrer les créations aux données existantes ?). Parmi les techniques de gestion de la créativité, il faut mentionner la *Creative Problem Solving* d'Alex F. Osborn et Sid Parnes, consistant en une série de questions sous forme de *check-list*, le *Lateral Thinking* d'Edward de Bono, le *Mind Mapping* (ou « carte heuristique ») de Tony Buzan, ou encore la méthode TRIZ (théorie de résolution inventive de problème) d'Altshuller. Voy. sur ces thèmes : L. DE BRABANDERE, *Le Management des Idées. De la créativité à l'innovation*, Dunod, 2002, *Le Plaisir des Idées. Libérer, gérer et entraîner la créativité au sein des organisations*, Dunod, 2002, *Le Sens des*

envisagée en tant qu'activité dont il faut maîtriser la stratégie et l'impact. Au terme de ce rapide tour d'horizon disciplinaire, il faut convenir que la création fait l'objet de nombreuses approches par les sciences humaines. Cette abondance tranche avec l'approche morcelée de la science juridique.

4. *Les droits de propriété intellectuelle.* En droit, la création désigne d'abord un fait juridique¹³, c'est-à-dire un événement qui produit des effets juridiques. Son effet le plus immédiat est de faire naître un *droit de propriété* sur un bien immatériel¹⁴. La création est alors envisagée comme une activité humaine à l'origine de certains droits de propriétés intellectuelles. Cette thèse a notamment été développée par « l'Ecole de Montpellier ». Elle désigne sous la plume de ses auteurs « le phénomène [...] que le droit est appelé à appréhender » et non pas « telle ou telle réponse qu'il peut apporter »¹⁵. La notion de création transcende les différentes propriétés intellectuelles. En particulier, elle n'est pas propre au droit d'auteur, comme on le soutient parfois, mais correspond à l'ensemble des créations de l'esprit¹⁶. Il faut cependant convenir que tous les biens immatériels ne sont pas des créations¹⁷. Par exemple, les créances, les parts sociales et les numéros de cartes de crédit sont des objets immatériels, mais ne sont pas des créations.

5. *La concurrence déloyale et le parasitisme.* Le phénomène de la création est ensuite appréhendé par le droit de la responsabilité civile. La concurrence déloyale et le parasitisme permettent en effet de protéger sur la base de l'article 1382 du Code civil (C. civ.) certaines créations appropriées ou non. L'effort créatif représente ici une *valeur économique* que le droit de propriété n'appréhende pas. Il mérite une protection à ce titre¹⁸. Mais la légitimité de

Idées, Pourquoi la créativité ?, Dunod, 2004, T. LOUFAFA, F.-L. PERRET, *Créativité et innovation. L'intelligence collective au service du management de projet*, Presses Polytechniques et Universitaires romandes, 2008.

¹³ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 290, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e ed., n° 113.

¹⁴ La création de biens *matériels* est exclue de cette étude. Bien entendu, la création intellectuelle est le plus souvent matérialisée dans un objet matériel. En toute hypothèse, l'action humaine ne permet pas à proprement parler de « créer » des biens matériels. Rapp. la célèbre maxime attribuée à Lavoisier selon laquelle « rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme ». Elle signifie en chimie que la quantité de matière est toujours égale, avant ou après toute opération. Selon cette analyse, l'homme est incapable de « créer » des choses matérielles. Voy. dans ce sens : Th. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTD Civ.* 2005, p. 164.

¹⁵ M. VIVANT (Dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 10. Adde. M. VIVANT, « Pour une épure du droit de la propriété intellectuelle », in *Mélanges André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

¹⁶ P. FLEURY-LE GROS, « Machines de magie et œuvres de magie : la qualification des "créations" », *Com. com. électr.* 2010, étude 5.

¹⁷ Comp. M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 418, estime que toutes les propriétés intellectuelles reposent sur un acte créatif.

¹⁸ Ph. LE TOURNEAU, « Retour sur le parasitisme », *D.* 2000, p. 403. Comp. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, p. 227, n° 18.

ces actions en responsabilité est controversée. Certains estiment qu'elles ruinent la cohérence des propriétés intellectuelles en introduisant une logique fondée sur l'investissement¹⁹.

6. *Le droit de la culture.* Au-delà du droit de la propriété intellectuelle et de la responsabilité civile, les biens issus de la création sont ensuite appréhendés par le droit du patrimoine culturel et du marché de l'art²⁰. Mais ces domaines dépassent toutefois le champ de notre étude car ils se rapportent davantage à leurs valeurs culturelles, historiques et artistiques, à travers des objectifs de conservation et de contrôle des échanges. En outre, ils visent essentiellement des biens *matériels* tandis que notre étude retient une conception immatérielle de la création.

7. *Le droit de la presse.* La création est également appréhendée à travers le droit de la presse. Elle est alors envisagée comme une « branche » de la liberté d'expression²¹. Les expressions créatives recouvrent toutefois une réalité difficile à saisir, à mi-chemin entre l'art, la culture, le divertissement, l'information et les sciences. La création trouble les canons de la liberté d'expression car il s'agit d'un *message* et en même temps d'une *chose*. En paraphrasant Austin²², faut-il alors considérer que « faire, c'est dire » ?

8. *La confusion des approches.* Les différentes approches juridiques de la création se télescopent. La création, en tant qu'*objet* de propriété, n'est pas nettement distinguée de la création en tant que *message*²³. Cette confusion se manifeste dès les premières lois sur le droit d'auteur. Le discours de Le Chapelier en 1791 fait ainsi référence au droit de propriété comme un moyen de garantir la liberté de la presse²⁴. Le droit de propriété constitue certes un moyen de promouvoir la création, malgré les doutes de certains économistes²⁵. Mais la promotion et la protection de la créativité n'est-elle pas plutôt l'apanage de la liberté de créer ? Le droit de propriété de l'auteur est parfois invoqué pour dénoncer la « censure » d'un livre ou d'un film. Mais n'est-ce pas là plutôt le rôle de la liberté d'expression ? En outre, la

¹⁹ J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », D. 2000, chron. p. 297.

²⁰ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, 1996, J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, av.pr. J. MORAND-DEVILLER, préf. J.-M. PONTIER, LGDJ, 1996.

²¹ B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n° 1607 et s. Adde. M. LECARDONNEL, *Exercice et limites de la liberté de création : approche juridique*, thèse, Nantes, 2009, *passim*, B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, thèse, Limoges, 2010, n° 275 et s.

²² AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1991, ed. originale 1960.

²³ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (Propriété des créateurs) », *Rép. dr. civil.*, Dalloz, 2011, n° 14 et s.

²⁴ Y. GAUBIAC, « Droit d'auteur et intérêt général », *Prop. Intell.* 2010, p. 814.

²⁵ F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, La découverte, coll. « Repères », 2003, p. 113.

liberté d'expression est fréquemment invoquée afin de garantir la créativité. Mais la création est-elle *seulement* un mode d'expression ? Le droit de la responsabilité civile accorde également une certaine protection aux créations. Mais l'accorde-t-elle afin de promouvoir *les activités créatives* ou les *choses créatives* ? En somme, on perçoit que les significations de la création divergent selon les approches juridiques.

9. *La recherche d'une cohérence.* Le droit envisage la notion de création sans véritable logique. Il n'offre ni définition ni cohérence entre les différentes acceptions de la création. Dès lors, la conception proposée par la propriété intellectuelle est-elle la même que celle du droit de la presse ? Que recouvre exactement la création envisagée comme mode d'expression ? D'ailleurs, s'agit-il véritablement d'un « message » ? Les difficultés concernent également les moyens juridiques de protéger les créations. Les créations ont-elles toutes leurs sièges dans le Code de la Propriété Intellectuelle ? Quelle place occupe la responsabilité civile, en particulier la concurrence déloyale et le parasitisme, comme moyen de protection des créations ? Les réponses à ces questions supposent de trouver une cohérence entre les différentes significations juridiques de la création. Les droits fondamentaux offrent des réponses à ces interrogations.

10. *Les droits fondamentaux.* L'analyse à travers le prisme des droits fondamentaux représente un moyen d'éclaircir la notion de création. D'emblée, leur légitimité et leur souplesse les imposent comme un champ de recherche séduisant. Mais avant d'expliquer plus précisément pourquoi les droits fondamentaux permettent une analyse cohérente de la création, il convient d'abord de les présenter.

11. *Les origines des droits fondamentaux.* Les droits fondamentaux puisent leur origine dans la Loi Fondamentale allemande de 1949²⁶. S'ils représentent une notion solidement ancrée outre-Rhin, leur apparition en France est plus récente²⁷. Traditionnellement, les droits et libertés des personnes sont appréhendés en droit français à travers la catégorie des « droits de l'homme » ou des « libertés publiques »²⁸. Ces expressions tendent aujourd'hui à être

²⁶ Ch. AUTEIXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, p.125 et s., O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, p. 44, D. CAPITAN, *Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale*, Bruylant, 2006.

²⁷ L'expression est traditionnellement peu utilisée en droit français. Elle est toutefois employée par le Conseil constitutionnel depuis 1990 (Cons. cons. 22 janvier 1990, n° 89-269 DC, cons. 33) et par le législateur (voy. not. l'article 415 du C. civ. et l'article L1110-1 C. Sant. Pub.).

²⁸ Certains manuels d'enseignement correspondant au cours de Licence 3 de « droit des libertés fondamentales » (Arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique) associent les droits de l'homme et les libertés fondamentales (J. ROBERT et

dépassées par celle de « droit fondamental »²⁹. Celle-ci, loin d'être incompatible avec les précédentes, manifeste une évolution de l'approche juridique de la matière³⁰. Trois éléments la caractérisent. Le premier résulte de la multiplication des instruments protecteurs des droits et libertés des personnes sous l'effet de l'internationalisation et de l'eupéanisation du droit. Le poids de la Convention européenne des droits de l'homme (convention EDH) et du droit de l'Union européenne conduit à repenser les rapports entre les normes protectrices des droits et des libertés. La deuxième évolution correspond à la montée en puissance, en France, du positivisme constitutionnel. La Constitution est, en effet, devenue une source de droits directement invocables par les citoyens³¹. L'introduction en droit français de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) en témoigne. Le troisième élément de cette évolution est le dépassement de la dichotomie entre le droit public et le droit privé³². La protection des droits et des libertés fondamentales est envisagée tant dans une perspective verticale (protection des personnes privées contre l'Etat) qu'horizontale (conflits entre personnes privées). Ces trois mouvements manifestent ainsi un reflux de la conception politique et philosophique de droits de l'homme, au profit d'une conception davantage positiviste.

12. Les acceptions de la fondamentalité. Il existe différentes acceptions de la « fondamentalité » des droits. Elles oscillent entre une approche fonctionnelle, axiologique et normativiste. L'approche fonctionnelle considère que la fondamentalité possède avant tout

J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^e ed., 2009, H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2^e ed., 2010, n^o 17), d'autres les droits de l'homme et les libertés publiques (in G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^e ed., 2009, J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, coll. « droits fondamentaux », 5^e ed., 2000, n^o 71), d'autres, axés vers le droit international et européen sont centrés vers les droits de l'homme (J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^e ed., 2011), d'autres enfin écartent les droits de l'homme de leur titre (X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, coll. « Licence droit », 2010, FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU (ci-après FAVOREU et alii.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e ed., 2009.

²⁹ M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994, n^o 54, p. 6, D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, La découverte, 3^e ed., 2009, p. 4, D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO (Dir.), « Droits fondamentaux (notion) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2^e ed., 2010, F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, F. SUDRE et H. LABAYLE (Dir.), Nemesis, Bruylant, 2000, p. 35, S. ETOA, *Le passage des libertés publiques aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français*, thèse, Caen, 2010.

³⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA* 2002, p. 124.

³¹ Cet aspect explique en particulier la notion de droit fondamental en Allemagne qui correspond à la mise en place de mécanismes de protection constitutionnelle des droits et libertés. En France, l'accroissement des pouvoirs du Conseil constitutionnel et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité contribuent à la « positivisation » du droit constitutionnel.

³² L'expression « droit fondamental » permet d'ailleurs de concilier des acceptions fortement marquées par le droit administratif (« liberté publique ») et par le droit civil (« droit de la personnalité »).

une fonction argumentative³³. En l'absence de hiérarchie entre les droits constitutionnels, la catégorie des droits fondamentaux permet ainsi de « justifier une priorité donnée à certains droits dans un cas d'espèce »³⁴. Bien qu'ils soient souvent invoqués à titre incantatoire, ils possèdent toutefois une signification plus profonde. Selon une seconde approche, la fundamentalité correspond à la substantialité d'un droit³⁵. Les droits ou libertés qualifiés de « fondamentaux » sont alors ceux qui garantissent un droit particulièrement important pour l'être humain. Cette définition de la fundamentalité les rapproche en particulier des « libertés publiques », des « droits de l'homme », et plus généralement du « droit naturel », en ce qu'elle est avant tout axiologique. La principale critique à formuler à l'encontre de cette signification porte sur son imprécision et sur son caractère idéologique. Elle repose en effet sur une appréciation *a priori* de la valeur du droit ou de la liberté en cause. Or, un droit n'est jamais « important » en lui-même. La prise en compte du contexte est nécessaire. Le droit à l'intégrité corporelle est, par exemple, un droit éminemment important. Celle-ci est pourtant atteinte en cas de nécessité médicale. La dernière acception des droits fondamentaux découle enfin sur un fondement résolument positiviste (ou « normativiste »). La systématisation la plus complète, en droit français, de cette conception des droits fondamentaux est proposée par l'« Ecole d'Aix-en-Provence »³⁶. Les droits fondamentaux désignent alors une catégorie de droits constitutionnels et internationaux qui s'imposent au législateur et qui jouissent de certaines garanties procédurales. La fundamentalité apparaît ainsi avant tout comme une *qualité normative*, c'est-à-dire qu'elle dépend de la norme sur laquelle est fondé le droit ou la liberté en cause. Les droits fondamentaux sont ainsi des normes de valeur supralégislative,

³³ V. CHAMPEIL-DESPLAT, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323. La fonction argumentative doit être mise en perspective avec celle de « légitimité » de la catégorie. L'auteur note que cette fonction est rendue possible en raison de l'absence de définition axiologique ou normative de la « notion de droit fondamental ».

³⁴ *Ibid.*

³⁵ E. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6, G. PECES BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 38, 2003, Voy. une définition identique au sujet du terme « liberté fondamentale » in G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^e ed., 2009, p. 14, J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^e ed., 2009, n° 17, X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, coll. « Licence droit », 2010, p. 44 et s., F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention EDH ? », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant / LGDJ, 1995, p. 381.

³⁶ FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 90. Voy. aussi T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, 2003, p. 102. On peut expliquer la relative rareté de l'approche normative des droits fondamentaux en France par plusieurs facteurs : le poids des droits de l'homme (La France est le pays des droits de l'homme selon le dicton), l'importance de l'approche sociologique du droit (en particulier dans les années 1960-1970, période pendant laquelle la théorie « normativiste » du droit progressait à l'étranger) et l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* jusqu'en 2008.

c'est-à-dire des normes de valeur constitutionnelle ou conventionnelle (européenne et internationale), dont la protection est assurée par le système juridique³⁷.

13. *La fondamentalisation des branches du droit.* L'ampleur contemporaine des droits fondamentaux se traduit par un mouvement de « fondamentalisation » des branches du droit. Cette expression désigne l'appréhension de droits ou de libertés par des normes d'origine supralégislative. Elle produit plusieurs conséquences. Elle conduit d'abord à affaiblir les pouvoirs du législateur et, corrélativement, à accroître ceux du juge. Elle implique ensuite de mettre en balance les droits fondamentaux entre eux. La fondamentalisation remet ainsi en cause les solutions traditionnelles de conflits de droits par une approche dynamique et concrète. Elle touche donc naturellement la plupart des branches du droit privé³⁸ : le droit commercial³⁹, le droit civil⁴⁰, le droit pénal⁴¹, le droit social⁴², le droit de la santé⁴³ ou encore le droit de la propriété intellectuelle⁴⁴.

14. *La fondamentalisation des droits et des libertés de la création.* En quoi les droits fondamentaux permettent d'analyser l'approche juridique de la création ? Et quelles conséquences en découlent ? Les droits fondamentaux invitent à reconstruire l'édifice des droits attachés à la création. Ils permettent d'éclaircir la notion de création. Ils agissent

³⁷ Voy. sur l'ambiguïté de l'usage « normativiste » de la fondamentalité : E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748, et, même auteur, « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006-2, n° 113.

³⁸ M. FRANGI, *Constitution et droit privé*, préf. FAVOREU, PUAM/Economica, 1992, N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1997, J.-P. MARGUENAUD (Dir.), *Cour européenne des droits de l'homme et droit privé. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, Mission de recherche Droit et justice, 2001, O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, préf. P. BON, Dalloz, NBT, 2009.

³⁹ R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008, V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, J.-F. FLAUSS, « La Convention EDH : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaire », *RJDA* 6/95, p. 524.

⁴⁰ E. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Préf. J.-A. MAZERE, av.-pr. M.-A. COHENDET, LGDJ, 1995, A. DEBET, *L'influence de la Convention EDH sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Dalloz, coll. « NBT », 2002, J. ROCHFELD, « De la "fondamentalisation" des sources du droit des contrats », *RDC* 2003, p. 20, J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, E. POULLENNEC, *Etude critique de l'effet des droits fondamentaux sur le droit civil de l'enfance*, thèse, Paris 1, 2005.

⁴¹ W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, thèse, Aix-en-Provence, 2008.

⁴² I. MEYRAT, *Droits fondamentaux et droits du travail*, thèse, Paris X, 1998, A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.

⁴³ T. GRUNDLER, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, thèse, Paris X, 2006.

⁴⁴ *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Colloque des 16 et 17 juin 1989, INPI, 1989, G. SENA, « La propriété intellectuelle en tant que droit fondamental », in *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe*, XI^e Congrès de l'Union des Avocats Européens, 1997, Bruylant, 1999, p.255, J.-Ch. GALLOUX, « Les droits fondamentaux de la procédure dans les propriétés intellectuelles : vers un syncrétisme européen », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 181, N. BRONZO, *Propriété Intellectuelle et droits fondamentaux*, L'harmattan, 2007, A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droit de l'homme*, LGDJ, 2008, L. MARINO, « Les droits fondamentaux et le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, p. 829.

comme un « miroir » permettant de réfléchir la substance des droits sur la création. Le prisme des droits fondamentaux offre ainsi une méthode de relecture de la notion de création. Il convient donc, à présent, d'exposer la méthode offerte par les droits fondamentaux.

15. *Le triple tamis des droits fondamentaux.* La fondamentalisation d'une branche du droit suppose de distinguer trois étapes⁴⁵. La première est la recherche de *l'existence* des droits fondamentaux. Il convient pour ce faire d'examiner la proclamation des droits et libertés de la création dans le corpus des droits fondamentaux. D'emblée, la création est saisie par deux droits fondamentaux : la liberté de création et le droit de propriété sur la création. Il s'agit des deux manifestations les plus saillantes de la création dans l'ordre des droits fondamentaux. La seconde étape consiste en la recherche de *l'effectivité* de ces droits⁴⁶. À défaut, les droits fondamentaux seraient de simples prétentions⁴⁷. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) considère ainsi que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁴⁸. L'effectivité des droits fondamentaux correspond à la mise en œuvre, c'est-à-dire au passage de « l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation »⁴⁹. Il ne s'agit pas seulement d'une question de sociologie du droit. Sous l'effet des droits fondamentaux, l'effectivité « a pénétré au cœur du droit lui-même » et s'est transformée en règle »⁵⁰. Celui-ci est réalisé par la mise en œuvre de garanties substantielles⁵¹

⁴⁵ P. BON, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in *La nouvelle république brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Economica, 1991, p. 223, A. PELISSIER, « La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats », in R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM (Dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, colloque du 22 juin 2007*, Société de Législation Comparée, coll. « Droit privé comparé et européen », 2008, p.29, Cl.-A. COLLIARD et R. LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e ed., 2005, n° 81, C. PERES, « Anéantissement du contrat et restitutions sous l'emprise de l'effectivité des droits fondamentaux », *RDC* 2010/4, p.1185. Voy. pour un raisonnement équivalent en terme de libertés publiques : J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, coll. « droits fondamentaux », 5^e ed., 2000, n° 71.

⁴⁶ H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2^e ed., 2010, n° 17, J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 2, X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, coll. « Licence droit », 2010, p. 49,

⁴⁷ E. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

⁴⁸ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24 et § 25.

⁴⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p. 14. La question de l'effectivité des droits fondamentaux fait cependant référence à plusieurs concepts distincts. Au sens sociologique, l'effectivité signifie le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit » (P. LASCOURNES, V° « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD et alii. (Dir.), LGDJ, 2^e éd., 1993). La détermination de l'effectivité concrète d'un droit est alors réalisée par « la comparaison entre un modèle normatif de comportement et les conduites réelles de ses destinataires » (J. COMMAILLE, in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique, op. cit.*). Cette acception de l'effectivité sociologique (ou plutôt de l'efficacité) des droits dépasse le cadre de notre étude.

⁵⁰ C. PERES, « Anéantissement du contrat et restitution sous l'emprise de l'effectivité des droits fondamentaux », *RDC* 2010, p. 1185.

et procédurales⁵², en particulier à travers le droit à l'accès au juge⁵³ et le droit au procès équitable⁵⁴. La troisième étape consiste à apprécier le contrôle de leurs restrictions. Ce « contrôle de fondamentalité »⁵⁵ repose lui-même sur un test en trois étapes : le juge vérifie d'abord que la restriction est prévue par la loi, qu'elle vise ensuite un but légitime, et, enfin, qu'elle est proportionnée à l'objectif visé. Malgré quelques différences, ces trois étapes sont examinées par les juges français qu'européens⁵⁶. La méthodologie mise en œuvre constitue un moyen de garantir les droits fondamentaux : leurs limites verticales et horizontales sont encadrées afin d'assurer une meilleure sécurité juridique. Il convient à présent d'exposer, en détail, les éléments de ce triple test de fondamentalité.

16. La qualité de la loi. La première étape du test de fondamentalité est relative à la qualité de la « loi » limitative des droits fondamentaux. Le principe de « réserve de loi » signifie que les atteintes aux droits fondamentaux ne sont justifiées que si elles trouvent leur fondement dans la « loi »⁵⁷. La notion de « loi » est cependant interprétée de façon distincte

⁵¹ P. BON, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 225, J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.

⁵² E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour EDH », *Rev. tr. dr. h.* 2007, n° 70, p. 397.

⁵³ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Litec, 2007, n° 270, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention EDH*, *op. cit.*, p. 35 et s., Th. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD Civ.* 1993, p.33, M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1995, p. 1, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARRANES, « Le souci d'effectivité du droit », *D.* 1996, p. 301, Th. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, 1, 3675, S. GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », *Mélanges G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139, S. GUINCHARD, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 1998, n° spécial « les droits fondamentaux », p. 19, J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 280, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention EDH*, Dalloz, 2006, n° 99.

⁵⁴ Le standard du procès équitable impose l'indépendance du juge, non seulement par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif, mais également par rapport aux pouvoirs de faits, telles que les parties au procès ou les médias. Le procès équitable impose également que le juge soit impartial. Sur le droit au procès équitable : S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191.

⁵⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA* 2002, p. 124.

⁵⁶ En droit de la Convention EDH : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « droit fondamental », 10^e ed., 2011, n° 150 et s., J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 65. En droit constitutionnel comparé : P. BON et D. MAUS, (Dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, n° 29, 30 et 31.

⁵⁷ La Convention EDH prévoit que seule une « loi » peut porter atteinte aux droits fondamentaux. Cette exigence résulte des prescriptions des paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention EDH. En effet, ceux-ci disposent que les restrictions aux droits fondamentaux doivent être « prévues par la loi ». En particulier, l'article 10 de la Convention EDH, auquel la liberté de création est rattachée depuis l'arrêt *Müller*, prévoit que : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». En droit constitutionnel, le principe de réserve de loi puise sa source dans l'article 34 de la Constitution, qui confère à la loi la compétence de porter atteinte aux droits fondamentaux :

selon les ordres juridique. La Cour EDH retient ainsi une conception « matérielle » de la loi, c'est-à-dire qu'elle ne fait pas référence à la qualité de son auteur⁵⁸. Une norme peut porter atteinte aux droits fondamentaux dès lors qu'elle est suffisamment « claire et précise », peu important la source de cette norme. Il peut ainsi s'agir d'une norme jurisprudentielle. Le Conseil constitutionnel retient, au contraire, une définition organique de la loi. Selon lui, la définition de la « loi » au sens de l'article 34 de la Constitution dépend de l'organe qui la vote⁵⁹. La loi est donc définie comme une norme votée par le Parlement. En outre, le Conseil constitutionnel⁶⁰ et la Cour EDH⁶¹ exigent que les lois soient accessibles et intelligibles.

17. La légitimité des restrictions. En second lieu, les limites des droits fondamentaux doivent être *légitimes*. L'importance des droits fondamentaux suppose que leurs restrictions soient justifiées au regard d'objectifs légitimes. Les juges des droits fondamentaux demeurent cependant réticents à contrôler la légitimité des buts des normes limitatives des droits fondamentaux⁶². C'est le cas notamment du Conseil constitutionnel⁶³. Ce contrôle peut revêtir

« La loi fixe les règles concernant [...] les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ». Dans le même sens, l'article 34 al. 3 de la Constitution dispose, au sujet du droit de propriété, que « la loi détermine les principes fondamentaux [...] du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». Le Conseil constitutionnel considère qu'« il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » (Cons. const., 2 mars 2004, 2004-492 DC, *Évolution de la criminalité*, cons. 4, Cons. const., 2009-592 DC du 19 novembre 2009, cons. 4 à 7, Cons. Const., 2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 39, Cons. Const., 2006-540 DC du 27 juillet 2006). Il ajoute qu'« il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (*Ibid.*, cons. 70). Voy. aussi au sujet de la liberté d'expression (Cons. const., 86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 8). Voy. sur l'ensemble de la question : J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et constitution*, PUAM/Economica, 1997.

⁵⁸ La Cour EDH considère que la qualification de « loi » au sens européen suppose que « *le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux quels actes et omissions engagent sa responsabilité* ». La notion de loi au sens européen « englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle » (Cour EDH, *Kononov c. Lettonie*, 24 juillet 2008, § 114).

⁵⁹ Cons. cons., 82-143 DC du 30 juillet 1982, « *loi sur les prix et les revenus* » cons. 11.

⁶⁰ Cons. const., 1999-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13, Cons. const., 2004-494 DC, 29 avril 2004, Cons. const., 2005-530 DC, 29 décembre 2005. La qualification d'« objectif de valeur constitutionnelle » est aujourd'hui le plus souvent retenue par la doctrine (FAVOREU et *alii.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 13^e ed., 2010, n° 172-1, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361. Contra D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, préf. G. VEDEL, Montchrestien, 7^e ed., 2006, p. 110).

⁶¹ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. RU*, Req. n° 6538/74, § 49.

⁶² Cette réticence découle logiquement du principe de séparation des pouvoirs. Le pouvoir judiciaire ne saurait empiéter sur le pouvoir législatif en contrôlant la volonté du législateur. Ce malaise évoque l'analyse rousseauiste de la loi, selon laquelle celle-ci traduit l'expression de la volonté générale.

⁶³ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007, p. 35. Cependant, ni l'article 34 de la Constitution ni l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi n'imposent au législateur d'indiquer explicitement les règles auxquelles il déroge (Cons. const., 2005-514 DC, 28 avril 2005, *Avenir de l'école*, cons. 3 et 4, Cons. const., n° 2007-561 DC, 17 janvier 2008, cons. 5).

deux formes⁶⁴. Comme de nombreux autres sujets, la légitimité peut être appréciée d'un point de vue axiologique ou normatif. Dans le premier cas, les limites aux droits fondamentaux sont légitimes si elles répondent à un impératif moral. Par exemple, la protection de la dignité de la personne humaine. Dans la seconde approche, la légitimité d'une norme résulte de sa validité, c'est-à-dire de son « mode de production » selon le vocabulaire kelsenien. Pour reprendre notre exemple, la dignité constitue alors une limite légitime aux droits fondamentaux dès lors qu'elle est consacrée par une norme de degré supérieur. Cependant, dans la pratique, ces deux approches se combinent⁶⁵. En particulier, le juge peut décider d'élever un droit ou une liberté à un niveau normatif supérieur afin de l'imposer face à d'autres. La création des « objectifs de valeur constitutionnelle » par le Conseil constitutionnel participe par exemple de cette démarche. Le pouvoir d'interprétation du juge s'immisce ainsi dans l'opération de détermination de la légitimité d'une limite à un droit fondamental.

18. *La conciliation des droits fondamentaux.* Enfin, les droits fondamentaux doivent être conciliés avec les impératifs de protection de l'intérêt général et avec les droits fondamentaux d'autrui⁶⁶. Cette opération peut sembler difficile tant il existe de critères envisageables pour la réaliser⁶⁷ : critère dogmatique, chronologique, hiérarchique, principe de spécialité (application de l'adage *specialia generalibus derogans*) ou encore principe de proportionnalité. Le critère chronologique n'est tout simplement pas réaliste car il priverait d'effectivité les « nouveaux » droits fondamentaux. Le principe de spécialité conduit à classer les droits selon un degré de précision difficilement déterminable. Le critère hiérarchique n'est quant à lui pas entièrement

⁶⁴ S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit.

⁶⁵ BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Turin, Giappichelli, 1958. L'auteur pointe une double insuffisance des approches normativistes et axiologiques. D'abord, une norme ne peut jamais être tout à fait réduite à son environnement contextuel. L'opportunité d'une norme ne dépend pas entièrement de la société dans laquelle elle est édictée, ni de l'autorité qui l'a édictée. Par suite, l'effectivité, ou l'efficacité, d'une norme dans une société donnée ne signifie pas automatiquement que cette norme est *légitime*. Ensuite, M. Bobbio critique l'approche exclusivement axiologique. L'ordre des valeurs est insuffisant à déterminer le degré de légitimité d'une norme. Les valeurs sont avant tout *relatives*. Il propose à cet effet de tenir compte de la « *rationalité axiologique* » de la norme. La rationalité axiologique signifie que la légitimité d'une norme suppose la conformité *normative* à la hiérarchie des normes, conjuguée à la conformité *axiologique* au monde des valeurs. Voy. aussi : LUCHAIRE, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », in FAVOREU (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1982, Economica/PUAM, 1987, p.55, spéc. p.81

⁶⁶ La problématique de la conciliation entre des normes divergentes a donné lieu à une célèbre controverse en théorie du droit entre Hart et Dworkin sur la pertinence du modèle positiviste. Dworkin s'appuie en particulier sur l'importance des « principes » mis en œuvre par le juge lors de l'application d'une norme, ceux-ci traduisant l'immixtion de standards relevant de la morale (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. « Léviathan », 1995). Voy. également le débat relatif aux conflits de « droits » et non plus de normes : M. DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD. Civ.* 1906, p. 119, spéc. p. 124, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés publiques en droit français*, PUF, 1993, A. JEAMMAUD, « Conflit/litige », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

⁶⁷ N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies en droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. par M. GUERET, préf. R. GUASTINI, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 89, spéc. p. 92.

opératoire car il suppose de classer les droits fondamentaux⁶⁸. Or, par principe, il n'existe pas de hiérarchie matérielle entre eux⁶⁹, à l'exception toutefois de certains droits indérogeables⁷⁰. Il n'existe pas non plus de critère dogmatique de résolution de conflits de droits fondamentaux. En réalité, plus que toutes autres méthodes, la conciliation des droits fondamentaux est réalisée grâce au principe de proportionnalité. À ce titre, la Cour EDH utilise la méthode de la « mise en balance » des droits concurrents⁷¹. Cette méthode est inhérente à la fonction de juger les droits fondamentaux⁷². Elle correspond à un contrôle de l'adéquation du but de la restriction du droit fondamental et des moyens mis en œuvre pour y parvenir. Le contrôle de proportionnalité est réalisé *in concreto* par le juge⁷³. Cette méthode

⁶⁸ Comp. E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004.

⁶⁹ L'idée d'indivisibilité des droits de l'homme se trouve notamment à la base du refus de hiérarchiser les droits fondamentaux : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « droit fondamental », *op. cit.*, n° 146, J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 128, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, p. 232, G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, préf. G. VEDEL, Montchrestien, 7^e ed., 2006, p. 137, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention EDH : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, n° 136, FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 198 et s. Par exemple, le Conseil constitutionnel refuse d'établir une hiérarchie entre les droits fondamentaux. Au lieu de cela, il a recours à la méthode de la conciliation des droits fondamentaux, ou à l'interprétation des textes litigieux. *Contra* voy. la théorie de la « supra-constitutionnalité » (S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Arch. philo. dr.*, T. XXXI, 1986, p. 59, M. TROPER, « La notion de principes supraconstitutionnels », *RID comp.* 1993, p. 337).

⁷⁰ Cf. n° 226 et s.

⁷¹ Cour EDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France* Req. 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 10 et 113.

⁷² Voy. de façon générale et en droit comparé : O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 106, Ch. CARON, « Utilisation de la "balance des intérêts" pour résoudre les conflits de droits fondamentaux », *D.* 2004, p. 1633, X. DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211. En droit constitutionnel : G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, PUF/Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 1993, G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, LGDJ, 1995, p. 144 et s. En droit européen : J.-S. BERGE et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, coll. « Thémis », 2008, n° 250. En droit de la Convention EDH : A. DEBET, *L'influence de la Convention EDH sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Dalloz, NBT, 2002, P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2 vol., préf. F. SUDRE, 2005.

⁷³ La nature du contrôle de proportionnalité évoque les débats méthodologiques qui traversent la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : la méthode du *categorical balancing* (mise en balance selon des critères rigides et préalablement déterminés) est opposée à celle du *ah hoc balancing* (contrôle effectué en fonction de l'espèce). S'agissant de la jurisprudence de la Cour EDH, celle-ci est qualifiée « d'hypercontextualisée » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention EDH : prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. TULKENS et F. OST, Bruylant, 2001, p. 300, voy. aussi X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA* 2009, n° 46, p. 6, spéc. p. 12.). Elle affirme traditionnellement que « dans les affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse » (Cour EDH, *Les saints Monastères c. La Grèce*, 9 décembre 1994, Série A, n° 301-A, §55.

ne fournit cependant pas les solutions aux conflits entre droits fondamentaux⁷⁴. Il faut alors déterminer une « méthode de proportionnalité », qui consiste en un « cadre d'action du juge à partir duquel il doit résoudre le cas d'espèce, passer de l'abstraction des règles à la confrontation des situations, afin de dégager une solution »⁷⁵. Par exemple, les méthodes du faisceau d'indices, d'appréciation des motifs, du raisonnement logique, ou encore les méthodes finalistes et la technique du standard constituent autant de *méthodes* de proportionnalité.

19. *La mise en balance à travers les « lois du genre de la création ».* Suivant les analyses notamment proposées par Dworkin, la résolution d'un conflit de normes suppose la mise en œuvre de « principes », traduisant la prise en considération de valeurs éthiques et morales⁷⁶. Appliqué à notre sujet d'étude, l'interprète des droits de la création (le législateur ou le juge) ne peut pas se dégager des « principes » inhérents à la création⁷⁷. Pour ce faire, il doit puiser dans les connaissances acquises dans d'autres champs disciplinaires, ce que l'on peut dénommer les « lois du genre ». Le terme n'est pas inconnu en droit français⁷⁸. La résolution des conflits de droits fondamentaux doit en effet être réalisée en tenant compte des particularités de la création, qui constituent ce que Génay dénommait le « critère social, moral et économique » permettant de peser les intérêts en présence⁷⁹. Ce constat s'impose d'un point de vue pratique. Il est naturel de tenir compte des caractéristiques d'un sujet afin de l'appréhender. Par exemple, comment étudier le droit médical sans se préoccuper des

⁷⁴ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, op. cit., p. 277, I. MEYRAT, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvrier* 2002, p. 343, spéc. p. 349.

⁷⁵ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, PUAM/Economica, 1990, p. 214.

⁷⁶ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, 1994, R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. « Léviathan », 1995

⁷⁷ Réalisant une opération de conciliation *in concreto*, le juge explique son raisonnement en ayant recours à des considérations plus ou moins générales. Il faut cependant distinguer selon le mode de rédaction employé par les juges. Ainsi, la Cour EDH motive en principe de façon approfondie le contrôle de proportionnalité, tandis que la Cour de cassation procède de façon affirmative (Voy. not. regrettant l'absence de motivation de la Cour de cassation lors du contrôle de proportionnalité : Th. REVET, « Existe-t-il un droit à la propriété commerciale ? », *RTD Civ.* 2005, p. 619).

⁷⁸ Le CPI mentionne les « lois du genre » aux articles L. 122-5 et L. 211-3 au sujet de l'exception de parodie, pastiche et caricature. Il s'agit alors des règles inhérentes aux expressions humoristiques. MM. Vivant et Bruguière considèrent que les lois du genre en matière de droit de parodie représentent « tout simplement les usages que le juge est amené à considérer en cas de litige » (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, op. cit, n° 614, p. 417). Voy. aussi : J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. KAYSER, LGDJ, 1978, p. 106 et s., F. RIGAUD, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant/LGDJ, 1990, n° 633, F. PASSOT, *L'humour et le droit*, thèse, Lyon III, 2006, p. 125 et s.

⁷⁹ GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé*, LGDJ, 1919, rééd. 1996, 2 vol, p. 119.

médecins et des patients⁸⁰ ? Comment étudier le droit social sans tenir compte du monde du travail⁸¹ ? Il est donc logique que les sciences analysant la création et les créateurs (philosophie esthétique, économie, sciences cognitives, psychologie, etc.) soient prises en compte par la réflexion juridique.

20. Les standards de la création. Les lois du genre de la création s'apparentent en particulier à des « standards ». Un standard est une « technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci »⁸². Il traduit les comportements moyens d'individus dans un domaine donné⁸³. Un standard est par essence une notion floue. Par exemple, la notion d'« intérêt social » en droit des sociétés est un standard⁸⁴. De même, les « méthodes scientifiques » des historiens constituent des standards utilisés par les juges⁸⁵. Les lois du genre correspondent ainsi à des standards dans la mesure où il s'agit de qualités généralement attribuées à la création, ou de comportements moyens des créateurs. Les lois du genre contribuent en ce sens à l'édification d'un « droit vivant »⁸⁶

⁸⁰ F. BELLIVIER, L. BRUNET, M.-A. HERMITTE, C. LABRUSSE-RIOU et Ch. NOVILLE, « Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français », *RIDC* 2006, n° 2, p. 275, spéc. p. 308, B. FEUILLET-LE MINTIER (Dir.) *De l'éthique au droit en passant par la régulation professionnelle*, Mission de recherche « Droit et Justice », Ministère de la justice, MIRE, Ministère du travail et des affaires sociales, 1999.

⁸¹ Voy. pour la prise en compte en droit du travail de caractéristiques inhérentes à son objet : I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, préf. P.-H. ANTONMATTEI, Litec, 2001, p. 230. La nature des fonctions représente le principal critère d'appréciation, à côté de l'ancienneté du salarié, de la fréquence des faits fautifs, des antécédents disciplinaires et des conditions de travail.

⁸² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 120.

⁸³ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op. cit., p. 46, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 216, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 47, M. STATI, *Le standard juridique*, préf. R. DEMOGUE, thèse, 1927, p. 35. En ce sens, le standard se rapproche encore de la notion de « modèle », qui est « une projection fictive, une construction approchée, regroupant un maximum de traits pertinents de l'objet à expliquer et destinés à être confrontés aux institutions et phénomènes réels, précisément pour en mesurer l'écart à l'égard du modèle idéal-typique » (F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformation et déplacements*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 3). Le standard se rapproche également de la notion d'*idéaltypique* de Weber. Selon le sociologue allemand, « le concept d'idéaltypique se propose de former un jugement d'imputation : il n'est pas lui-même une "hypothèse", mais il cherche à guider l'élaboration des hypothèses » (WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, préf. J. FREUND, Plon, 1965, rééd. Presses Pocket, 1992, p. 172).

⁸⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 23^e ed., 2010, n° 374.

⁸⁵ Cour EDH, 29 juin 2004, *Chauvy c. France*, req. n° 64915/01, § 77. Voy. sur ce sujet : C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Dalloz, 2007, *passim*.

⁸⁶ A.-J. ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e ed., 1993. Cette définition sociologique du droit vivant doit être distinguée de celle, d'origine italienne, utilisée en droit constitutionnel, consistant pour le juge constitutionnel à tenir compte de la façon dont est interprétée par les juges ordinaires une norme soumise à son contrôle (C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, av.-pr. FAVOREU, préf. A. PIZZORUSSO, Economica/PUAM, 2003, p.13).

de la création. Enfin, elles correspondent à une forme « déontologie » de la création, en ce qu'elles correspondent à la prise en compte des pratiques d'un secteur d'activité⁸⁷.

21. *Les intérêts des droits fondamentaux : une méthode d'analyse et une source de cohérence.* Tels qu'ils ont été présentés, les droits fondamentaux offrent une méthode d'analyse de la création. Ils permettent de déterminer, d'une part, les moyens de garantir les droits de la création, et, d'autre part, les moyens de les limiter. Ils contribuent ainsi à l'élaboration d'un « régime général des produits de l'activité humaine »⁸⁸.

22. *L'hypothèse : l'acte créatif et le résultat de la création.* L'analyse de la création à travers les droits fondamentaux conduit à élaborer une *summa divisio* entre l'*acte de création* et le *résultat de la création*. L'acte créatif traduit la prise en compte par les droits fondamentaux d'une *activité* caractérisée par la *créativité* qui y est déployée, tandis que le résultat de la création est appréhendé à travers le droit de propriété sur le *bien créatif*. Cette distinction n'est pas inconnue des sciences humaines⁸⁹. Elle n'est pas non plus inconnue de la science juridique⁹⁰. Les droits fondamentaux offrent toutefois une perspective plus générale,

⁸⁷ G. FARIAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés, in *Le droit des relations économiques internationales* », in *Le droit dans les relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldmann*, Litec, 1987, p. 51.

⁸⁸ En référence à l'expression employée par Th. REVET, « Droit de l'associé en industrie d'obtenir, lors du partage de l'actif social, l'attribution de biens issus de son travail », *RTD Civ.* 2006, p. 589. Voy. plus généralement ce thème récurrent dans la chronique de droit des biens de Th. REVET à la *RTD Civ.* depuis 2000, et not. « La plus-value industrielle, *Acte II* : assimilation du travail à la « valeur empruntée » en matière de récompenses et créances assimilées », *RTD Civ.* 2008, p. 695.

⁸⁹ L'innovation et l'invention sont ainsi distinguées en économie industrielle. La « théorie de l'innovation » développée par Schumpeter propose en ce sens de distinguer l'acte d'innover (« l'innovation ») du résultat de l'innovation (« l'invention »). La « théorie de l'innovation » de Schumpeter propose une analyse dynamique de l'économie basée sur l'innovation, qui est définie comme « l'exécution de nouvelles combinaisons productives ». Schumpeter conçoit l'innovation comme une activité motrice de l'économie capitaliste. Il en retient une approche qualitative. Il reproche d'ailleurs à la plupart des théories économiques leur approche quantitative. L'innovation constitue le point de départ de cycles économiques : l'innovation produit un mouvement de croissance, suivi de la « destruction » des entreprises les moins innovantes (phénomène de « destruction créatrice »). L'innovation est indissociable de la figure de l'entrepreneur. Dans une certaine mesure, elle peut être rapprochée de celle du créateur (SCHUMPETER, *Théorie de l'évolution économique*, 1911, not. le chap. II). Voy. également A. KARLINS-MARCHAY, *Joseph Schumpeter. Vie. Œuvres. Concepts*. Ellipses, 2004, p. 61 et s., F. RICHARD, *Recherche, invention et innovation*, Economica, 1998. Cette distinction est également proposée en théorie esthétique : La définition de la « création » proposée dans le *Vocabulaire d'Esthétique* repose sur cette distinction. Selon elle, en effet, la *création* suppose la réunion de trois éléments : 1) L'action créatrice doit être *productrice*. 2) La création suppose la production d'une chose nouvelle. Elle s'oppose alors à l'imitation. 3) La création suppose l'intervention d'un agent créateur (E. SOURIAU (Dir.), « création », in *Vocabulaire d'esthétique*, PUF, 2^e ed., 2004). Sur cette distinction voy. d'une manière générale : B. BOURGEOIS, « Création et créativité », in *Encyclopaedia Universalis*, t.6, p. 659.

⁹⁰ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de loi. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. M. VIVANT, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 1990, n° 259, p. 231, S. JOLY, *Création artistique et ordre public*, *op. cit.*, p. 13 et s. L'auteur distingue la « création artistique, acte de créer » et la « création artistique, l'œuvre », G. BOUCRIS-MAITRAL, *Créations et salariat*, thèse Lyon II, 2005, p. 17 et s. L'auteur propose de distinguer la « création-activité » et la « création-résultat », M. VIVANT, « La régulation juridique de l'activité scientifique » in D. BORILLO (Dir.), *Science et démocratie*, PU Strasbourg, 1993, p. 17, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La

ainsi qu'une méthode plus précise. L'étude des droits fondamentaux de *l'acte créatif* sera donc suivie de celle des droits fondamentaux sur le *bien créatif*.

PARTIE I – L'ACTE CRÉATIF

PARTIE II – LE BIEN CRÉATIF

communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD Civ.* 1998, p. 247, spéc. n° 13, C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, *passim*. Contra F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, préf. M. VIVANT, Litec, coll. du Ceipi, 2011, n° 5.

PARTIE I – L'ACTE CRÉATIF

23. *Les activités créatives.* La créativité ou l'inventivité désigne « la capacité qu'a un individu de créer, c'est-à-dire d'imaginer et de réaliser quelque chose de nouveau »⁹¹. Il s'agit d'un pouvoir propre aux êtres humains. La question de la création par les animaux ou par la nature sera par conséquent exclue de notre étude. La créativité des personnes morales sera en revanche traitée car une certaine capacité de création collective peut se manifester à travers elles. Deux caractéristiques saillantes de l'acte créatif sont remarquables⁹². La première est qu'il s'agit « d'un acte volontaire qui vise à faire mieux avec l'existant ». Il possède ainsi une dimension qualitative : l'acte créatif suppose une amélioration. La seconde est qu'il s'agit d'abord d'un acte individuel, mais qui a vocation à profiter à la collectivité. La promotion des activités créatives permet ainsi d'encourager des améliorations qualitatives qui profitent à la société toute entière.

24. Les approches juridiques de la créativité sont pourtant assez rares⁹³. Elle est principalement appréhendée en tant que processus intellectuel de transformation d'une matière première donnant naissance à un droit de propriété intellectuelle⁹⁴. La transformation d'une « information brute » par un journaliste grâce à sa créativité donne naissance à un objet de propriété intellectuelle⁹⁵. La créativité est aussi étudiée sous l'angle de sa réservation par un employeur⁹⁶. Il s'agit ici d'une compétence intellectuelle faisant l'objet d'une réservation par le contrat de travail. Toutefois, dans ces deux hypothèses, l'acte de création n'est pas appréhendé pour lui-même, mais uniquement à travers ses effets. Il convient de rechercher une approche plus générale de l'acte créatif. Relevons pour cela qu'il est avant tout une activité humaine. À ce titre, il est à la portée de chacun. La qualité « créative » est difficile à appréhender. Elle suppose une réflexion intellectuelle (un « saut créatif ») et la production

⁹¹ <http://www.cnrtl.fr>. Voy. plus largement M.-L. ROUQUETTE, *La créativité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^e ed., 2007, *passim*.

⁹² B. BELLON, *L'innovation créatrice*, Economica/Arte Editions, 2002, p. 4 et s.

⁹³ Comp. dans d'autres disciplines, et notamment en économie : D. BARDIN, *Management de la créativité en entreprise*, Economica, 2006 et en psychologie : Th. RIBOT, *Essai sur l'imagination créatrice*, F. Alcan, 1900.

⁹⁴ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique », *Rép. dr. civil*, 2011, n° 5 et s., E. MACKAAY, « La propriété intellectuelle et l'innovation », *Dr. et patr.* 2003, p. 61, D. PANETHIERE, « Persistance de la piraterie : conséquences pour la créativité, la culture et le développement durable », *Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, juillet/sept. 2005.

⁹⁵ E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63.

⁹⁶ J. BARTA, « Le droit d'auteur et la créativité de l'employé », *RIDA* 1984, n° 121, p. 69, F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD. Com.* 2000, p. 273, L. DRAI, *Le droit du travail intellectuel*, préf. P.-Y. VERKINDT, LGDJ, 2005.

d'une chose nouvelle. Qu'est-ce qu'un acte créatif ? Est-ce seulement une véritable catégorie juridique ? Quels sont les effets juridiques de cette qualité ?

25. *Les droits fondamentaux et l'acte créatif.* Les droits fondamentaux permettent d'appréhender sous un jour nouveau l'acte créatif. Celui-ci se montre avec une épaisseur insoupçonnée lorsqu'il est examiné à la loupe des droits fondamentaux. Ni l'acte de création ni la créativité ne sont toutefois directement prévues dans le corpus de textes des droits fondamentaux. Un aperçu rapide de la question pourrait alors laisser penser qu'ils n'apportent aucune solution à notre problème. Mais ce serait faire fausse route. Les droits fondamentaux offrent, en réalité, un cadre propice à notre étude.

26. La prise en compte de la créativité par les droits fondamentaux est réalisée en deux temps. Dans un premier temps, la créativité se trouve garantie par le droit fondamental à la liberté de création (**Titre 1**). Dans un second temps, les droits permettent de déterminer les limites applicables à la liberté de création (**Titre 2**).

Titre 1 – L'affirmation de la liberté de créer

Titre 2 – La limitation de la liberté de créer

Titre 1 – L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉER

27. *Les facultés créatrices.* L’acte de création s’inscrit dans un processus complexe. Il se déroule dans l’intimité du créateur. Il s’agit d’une activité intellectuelle imperceptible. L’acte de création n’est dévoilé au grand jour qu’une fois le processus achevé (ou considéré comme tel par le créateur). L’ambiguïté de l’acte de création est renforcée par l’opacité de la notion de créativité⁹⁷. La traduction juridique de cette faculté humaine est toutefois possible. Il faut remarquer de façon préalable que la plupart des facultés humaines font l’objet d’un droit fondamental : la faculté de penser est traduite par la liberté de pensée, la faculté de s’exprimer par la liberté d’expression, la faculté motrice par la liberté d’aller et venir, la faculté d’appropriation par le droit de propriété, etc. Dès lors, dans quelles mesures la « faculté créatrice » est-elle appréhendée par les droits fondamentaux ?

28. *Les libertés de faire et de pensée.* En tant qu’activité humaine, l’acte créatif est d’abord une manifestation de la liberté de faire. Créer implique l’exercice d’une activité, le plus souvent dans un cadre professionnel. L’originalité de l’acte créatif est qu’il possède une double nature. Il s’agit à la fois de la *production* d’une chose et *l’expression* d’un message. Production d’une chose d’abord car créer est un acte intellectuel duquel découle une chose. Cette production n’est pas nécessairement mise en forme. Dans ce cas, la chose ne pourra pas faire l’objet d’un droit de propriété. Expression d’un message ensuite car l’acte créatif est un acte intellectuel qui fait sens. Ainsi l’acte créatif est l’objet des libertés de *faire* et de *pensée*. Mais comment concilier ces deux approches de l’acte créatif ? Peut-on imaginer une liberté qui mêle à la fois *l’action* et la *réflexion* ? La liberté de *création* traduit exactement ces deux caractéristiques.

29. *L’existence et l’effectivité de la liberté de création.* La démonstration de l’existence d’un droit fondamental de la créativité nécessite, en premier lieu, de rechercher sa présence dans le corpus des textes constitutionnels et conventionnels. Leur lecture est cependant peu féconde. Ni l’acte de création ni les facultés créatrices n’y sont mentionnées. Faut-il pour autant en conclure que les droits fondamentaux les ignorent ? Bien au contraire ! Les droits fondamentaux garantissent la liberté de création, elle-même déduite de la liberté d’expression

⁹⁷ M.-L. ROUQUETTE, *La créativité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^e ed., 2007, p. 120.

ou de la liberté du commerce et de l'industrie (**Chapitre 1**). De plus, ils offrent les moyens d'en garantir l'effectivité à travers des mécanismes substantiels et procéduraux (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La liberté de créer

30. *Acte de création et diffusion de la création.* La liberté de création signifie que le créateur doit pouvoir créer et diffuser librement sa création. En effet, l'action de créer n'est pas réductible à la diffusion de la création. Celle-ci nécessite la réalisation préalable d'une chose. De plus, cette chose doit être créative. À défaut, il n'y aurait pas d'activité créative, mais imitation, reproduction ou banalité. Réciproquement, l'action de créer n'épuise pas la liberté de création. Sans diffusion, la création n'entre pas dans le commerce juridique. La première difficulté de l'entreprise de traduction juridique de la liberté de création réside donc l'admission de ce double mouvement : le couple « action » et « diffusion » de la création est inséparable⁹⁸.

31. *L'existence et l'exercice de la liberté de création.* Le premier temps de notre étude consiste à déterminer l'existence de la liberté de créer dans l'ordre des droits fondamentaux. Avant de l'examiner en détail, relevons que de nombreux travaux envisagent la liberté de création comme un droit fondamental⁹⁹. De façon générale, remarquons encore que la détermination des droits applicables à une situation juridique peut emprunter deux voies¹⁰⁰. Selon une première approche, le juriste doit déterminer les droits *idéalement* applicables à une situation juridique. Cette approche axiologique est particulièrement attirante dans le domaine

⁹⁸ Comp. Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (Propriété des créateurs) » *Rép. dr. civil.*, Dalloz, 2011, n° 14 et s. L'auteur propose une « théorie légale de l'acte créatif » orientée vers le droit de propriété du créateur. L'acte créateur est essentiellement un acte donnant naissance à un droit de propriété. Les droits fondamentaux invitent en revanche à analyser l'acte de création comme un acte de communication, distinct de la problématique du droit de propriété.

⁹⁹ Th. REVET, *La force de travail. Etude juridique*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. « Bibl. dr. entrep. », t. 28, 1992, n° 542, M. BUYDENS, *La protection de la quasi-creation. Information, publicité, mode, photographie, documentaire et esthétique industrielle...Droit belge, droit allemand, droit français*, Larcier/Bruylant/FEC, 1993, J. DE WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre. Etude de droit suisse dans une perspective de droit comparé*, Staempli, 1997, p. 49 et s., S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande et le droit d'auteur français*, Litec, 1999, S. JOLY, *La création artistique et l'ordre public*, thèse, Montpellier, 1999, p. 79, B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, F. DELFOUR, *L'imitation créatrice*, thèse, Toulouse, 2000, p. 103 et s., G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, préf. L. CADIET, Dalloz, 2006, p. 415 et s., B. KHALVALDJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, PUAM, préf. M. VIVANT, 2008, n° 215 et s., M. LECARDONNEL, *Exercice et limites de la liberté de création : approche juridique*, thèse Nantes, 2009, N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom* n° 43, 2009/2, p. 23. Rappr. sur les dangers de multiplier les droits fondamentaux : D. DE BECHILLON, « Renouveler les libertés ? », *Pouvoirs* 2009/3, n° 130.

¹⁰⁰ P. BON, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in *La nouvelle république brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Economica, 1991, p. 223 et s., A. PELISSIER, « La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats », in R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM (Dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, colloque du 22 juin 2007*, Société de Législation Comparée, coll. « droit privé comparé et européen », 2008, p. 29).

des droits fondamentaux. En effet, la *fundamentalité* d'un droit peut se définir en fonction de son importance axiologique. Puis, selon une seconde approche, la détermination des droits applicables à une situation juridique suppose de rechercher cette fois-ci son existence dans un *corpus* de normes, en l'occurrence celui des droits fondamentaux. L'approche *normative* conduit alors le juriste à circonscrire le champ d'étude aux droits effectivement applicables en droit positif. L'opposition entre ces deux approches ne doit toutefois pas être exagérée¹⁰¹. Le droit positif se nourrit des *valeurs* et, corrélativement, l'approche exclusivement axiologique déborde le cadre d'une étude juridique. Quel que soit le domaine étudié, le prisme des droits fondamentaux suppose d'opter pour un raisonnement en deux temps¹⁰². D'abord, le droit fondamental doit exister. Pour cela, il doit être proclamé. Ensuite, afin que ce droit fondamental ne demeure pas à l'état théorique, il faut qu'il soit effectif. Pour cela, il doit être garanti. Suivant ce schéma, la démonstration de l'existence de la liberté de création représente donc une étape indispensable à la mise en évidence d'un droit fondamental relatif à l'acte de création (**Section 1**). Une fois déterminée l'existence de la liberté de création, il sera alors nécessaire de déterminer ses modalités d'exercice (**Section 2**).

Section 1 – L'existence de la liberté de créer

32. *L'absence de normes consacrant la liberté de créer.* Aucune norme des droits fondamentaux ne consacre la liberté de créer. La démonstration de l'existence de la liberté de créer nécessite donc de la rattacher à une autre norme. La recherche d'une ou plusieurs *normes* fondamentales capables d'accueillir la liberté de créer représente ainsi une étape incontournable de l'entreprise de démonstration de l'existence de la liberté de créer.

33. *Les tentatives de qualification.* Du XIX^{ème} siècle jusqu'à la première moitié du XX^{ème} siècle, une partie importante de la doctrine considère que la liberté de créer représente une « simple faculté » ne donnant naissance à aucun droit¹⁰³. La liberté de création a ensuite

¹⁰¹ J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. Phil. dr.*, t. 45, Dalloz, 2001, p. 303.

¹⁰² P. BON, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in *La nouvelle république brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*, op. cit., p. 223, Cl.-A. COLLIARD et R. LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e ed., 2005, n^o 81. Voy. au sujet de ce raisonnement en deux temps appliqué au droit d'accès à la justice : J. RIDEAU (Dir.), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998.

¹⁰³ NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, préf. ROUBIER, LGDJ, 1939, p. 210. À l'instar de Pouillet et Renouard, la plupart des auteurs considèrent que la liberté de création ne relève pas de l'étude des droits du créateur (RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, la science et les beaux-arts*, Jules Renouard et Cie, Paris, 1838, n^o 2 : « Je ne me suis pas proposé d'examiner, soit dans sa nature, soit dans ses conséquences législatives ou juridiques, le droit qui appartient à l'auteur d'une pensée de la manifester au-dehors, droit auquel se rattache (...) la liberté de la parole, de l'écriture »), voy. aussi POUILLET, *Traité théorique et pratique de la*

été qualifiée de droit de la personnalité¹⁰⁴. Cette qualification résulte principalement d'une confusion entre la liberté créatrice et le droit moral de l'auteur¹⁰⁵ : si le droit moral et la liberté de création entretiennent certains liens¹⁰⁶, l'existence du droit moral suppose néanmoins l'existence d'un bien sur lequel porte des droits d'auteur. Or, l'existence de la liberté de création est indépendante du bien créé¹⁰⁷. Par conséquent, le bénéfice de la liberté de création n'est subordonné ni à la qualité d'auteur, ni à celle d'inventeur. Dès lors, l'existence de la liberté de création ne suppose pas que la chose immatérielle soit une création au sens du droit des propriétés intellectuelles¹⁰⁸, et ce malgré certaines hésitations jurisprudentielles¹⁰⁹.

propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, Marchal, Billard et Cie, 1879, n° 176, GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres et de la propriété*, Legrand et Descauriel, 1837, p. 2. *Contra* BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, I, 1867, t. 1^{er}, p. 205.

¹⁰⁴ Voy. G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 2007, 13^e ed., t. 2, n° 62, P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971, p. 445, n° 25, MARTY et RAYNAUD, n° 7. Voy. le scepticisme A. et H.-J. LUCAS, in *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e ed., 2006, n° 443, au sujet de cette qualification.

¹⁰⁵ La première cause de confusion résulte de la jurisprudence : le premier arrêt de la Cour de cassation ayant reconnu un droit de la personnalité était en effet relatif au droit moral de l'auteur (Cass. civ. 25 juin 1902, *Lecocq*, *DP* 1903. 1. 5, concl. BAUDOUIN, note COLIN). En assimilant la liberté de créer et les droits de la personnalité, la jurisprudence pouvait laisser penser que le droit moral visait la protection de la liberté de créer (HUARD, *Traité de propriété intellectuelle. Introduction. Propriété littéraire et artistique*, t. 1, Marchal et Billard, 1903, n° 203, P. PARES, « La conception française du droit d'auteur », *RIDA* 1954, n° 1, p. 3, G. MICHAELIDES-NOUARO, *Le droit moral de l'auteur. Étude de droit français et de droit comparé*, Librairie Arthur Rousseau, 1935, n° 4 et 35, S. DE GORGUETTE D'ARGOEUVES, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire*, thèse, Dalloz, 1926, p. 74 et s., BOURSIGOT, note sous CA Orléans, 13 novembre 1975, *JCP* 1976, II, 18349.). Il faut cependant réserver le cas du droit de divulgation, qui peut représenter une manifestation de la liberté de créer (DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e ed., 1978, n° 385, E. DREYER, *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, av.-pr. G. COHEN-JONATHAN, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2003, p. 237.).

¹⁰⁶ Le droit moral parfois envisagé comme la contrepartie de la liberté de création (F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005, p. 31, J.-M. DUCONTE, « La Révolution française et la propriété littéraire et artistique », in *Propriété et révolution*, colloque Université Toulouse I, 1989, éditions du CNRS 1990, p. 116, cité par F. DELFOUR, *L'imitation créatrice*, thèse, Toulouse I, 2000, p. 103.

¹⁰⁷ Ce constat est réalisé par la doctrine à partir du milieu du XX^e siècle (A.-M. EL-TANAMLI, *Du droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire et artistique. Étude critique des droits positifs français et égyptiens comparés. Vers une réforme législative*, Thèse, Paris, Ed. Pedone, 1943, p. 161, n° 122). C'est à partir des années 1960 que la jurisprudence opère une première distinction entre la liberté de création et le droit moral. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix en Provence du 23 février 1965, concernant un litige relatif à un contrat de commande d'œuvre, distingue le droit moral et la liberté créatrice (CA, Aix-en-Provence, 23 février 1965, cité par J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral », in *Études offertes à J. Lambert*, Cujas, 1975, p. 570). Ensuite, la distinction est explicitement consacrée par la Cour de cassation lors de l'arrêt *Etat gabonais* du 7 avril 1987. La Cour de cassation affirme alors très nettement l'indépendance de la liberté de création par rapport au droit moral : « Le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci et [...] l'auteur peut, au préalable, légalement consentir par convention à limiter sa liberté de création et s'engager, en particulier, à obéir aux impératifs d'une commande faite à des fins publicitaires ou à rechercher, dans ce domaine ou dans un autre, l'accord de son cocontractant » (Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1987, *RIDA* oct. 1987, n° 134, p. 197, *D.* 1988, jur. p. 97, note B. EDELMAN, *RTD com.* 1988, p. 224, obs. A. FRANÇON). Ainsi, le droit moral se distingue donc de la liberté de création, et cette dernière « défend la possibilité de créer plutôt que son résultat » (F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 555).

¹⁰⁸ *Contra* : Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », *D.* 2009, p. 470. L'auteur admet cependant que « doivent cohabiter deux notions distinctes : celle de l'originalité dans le domaine de la création photographique susceptible de permettre la protection d'une œuvre photographique par

34. *Les droits fondamentaux.* En réalité, le droit positif rattache la liberté de création à l'ordre des droits fondamentaux à travers la liberté d'expression (§1). Si l'attraction de la liberté d'expression semble incontournable, il apparaît toutefois que la catégorie de la liberté du commerce et de l'industrie pourrait également servir de fondement à la liberté de création (§2).

§ 1 – L'attraction de la liberté d'expression

35. *La liberté des arts et des sciences.* L'assimilation de la liberté de création à la liberté d'expression repose sur l'hypothèse que la création est un mode d'expression. Ainsi, elle est souvent considérée comme une « branche »¹¹⁰ de la liberté d'expression. En particulier, les droits fondamentaux reconnaissent deux principaux modes de création : la création artistique et la création scientifique (ou technique). Dans ces deux cas, il s'agit d'activités ayant pour objet de *produire* une création. Notons, dès à présent, que la liberté de création n'est cependant pas limitée à ces deux modes de création. Il existe en effet d'autres modes de création : la création humoristique, journalistique, divertissante, etc. Nous limiterons toutefois notre étude à la liberté de l'art et à la liberté de la science car il s'agit de deux libertés aux contours incertains qui incarnent parfaitement la liberté de création : elles visent des activités consistant en la production de biens créatifs (créations artistiques et scientifiques), et destinées à être diffusées. En outre, la liberté de création offre une certaine unité à ces deux

le droit d'auteur, et celle de la démarche artistique d'un photographe susceptible de lui permettre de s'affranchir de l'autorisation des personnes photographiées lorsqu'il poursuit une telle démarche

¹⁰⁹ Cass. com, 21 février 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 55, p. 52, *JCP G* 1995, pan. 463-144; *JCP E* 1995, IV, p. 992, *D.* 1995, IR, p. 97. La Cour de cassation a pu laisser croire que la liberté de création s'applique aux seuls auteurs. La municipalité de la Ville de Quimper, à l'occasion d'une campagne de publicité anti-tabac, avait demandé la réalisation, par des élèves d'un collège, d'affiches de « détournement graphique » visant à dénoncer les effets nocifs du tabac. En apprenant l'intention d'associations de lutte contre le tabac d'éditer ces affiches, des producteurs de cigarettes ont saisi le juge des référés sur le fondement de la contrefaçon de marque. Il appartient au juge dans un tel cas de concilier la liberté d'expression et le droit sur les marques. La Cour de cassation relève que les affiches sont des contrefaçons et que « *les associations sont irrecevables à invoquer la liberté de création pour des affiches dont elles ne sont pas les auteurs* ». La Cour de cassation semble dès lors considérer que seuls les auteurs au sens du droit d'auteur peuvent invoquer la liberté de création. *Contra* : Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, *Bull.* n° 59, p. 59 : Le litige opposait un écrivain et son éditeur à une personne, décrite de façon peu complaisante, et s'étant reconnue dans le roman. La demanderesse fait valoir son droit au respect à la vie privée. Le mémoire ampliatif au soutien du pourvoi formé par l'auteur mettait en avant le caractère de « vraie fiction artistique » du roman afin de repousser les demandes adverses. Cependant, pour l'avocat général, « *ni la loi ni la jurisprudence ne distinguent entre les œuvres de l'esprit quant à l'application de l'article 9 du Code civil* ». Autrement dit, l'avocat général invite les juges à ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Or, la notion d'œuvre de l'esprit, renvoyant nécessairement à la législation sur le droit d'auteur, n'entre pas en considération quant à la détermination de l'atteinte à la vie privée.

¹¹⁰ B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, op. cit., n° 1607. Voy. aussi C. EDWIN BAKER, *Human liberty and freedom of speech*, Oxford University Press, 1989, spéc. p. 70 et s.

libertés isolées¹¹¹. Par conséquent, nous étudierons dans un premier temps la liberté de l'art (I), puis dans un second temps la liberté de la recherche scientifique (II).

I – La liberté de l'art

36. *La comparaison avec les droits américain et allemand.* La liberté de l'art fait l'objet d'une reconnaissance par plusieurs textes constitutionnels étrangers. Il faut en particulier distinguer deux approches de la liberté de l'art en droit constitutionnel comparé (A). Selon une première approche, la liberté de l'art est considérée comme une branche de la liberté d'expression. C'est le cas par exemple en droit américain. Selon une seconde approche, la liberté de l'art est érigée en catégorie autonome. C'est le cas par exemple en droit allemand. En comparaison, les droits français et européen se rapprochent du système américain dans la mesure où la liberté de l'art y est traitée comme une branche de la liberté d'expression (B).

A – En droit comparé

37. *Le « art speech » en droit américain*¹¹². La liberté de l'art n'est pas une liberté autonome en droit américain. La Cour Suprême des Etats-Unis considère en effet que les expressions artistiques forment le « cœur » du *free speech*¹¹³, c'est-à-dire que les expressions artistiques sont « l'archétype » des discours protégés par le droit constitutionnel. La Cour suprême des Etats-Unis tient compte du caractère artistique d'une expression à travers le « *Ginzburg-Miller test* »¹¹⁴ : depuis les arrêts *Ginzburg* et *Miller*, la Cour Suprême définit en effet l'obscénité par opposition aux caractères « littéraire, artistique, politique ou scientifique »¹¹⁵. Cet examen a d'ailleurs depuis été étendu à d'autres domaines, en particulier à la protection des mineurs¹¹⁶. Le droit américain considère donc la liberté de l'art comme partie du « tronc » de la liberté d'expression. Certains auteurs américains considèrent

¹¹¹ En droit comparé, la liberté des arts et de la science est principalement consacrée dans les régimes ayant connus un temps de dictature. Par exemple : l'article 5.3 de la Loi fondamentale allemande, l'article 33 de la Constitution italienne, l'article 16 de la Constitution grecque, l'article 42 de la Constitution portugaise, l'article 20 de la Constitution espagnole

¹¹² Son analyse présente deux intérêts. D'abord, comme la Constitution française, la Constitution américaine ne mentionne pas de liberté de créer. À l'instar de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, la liberté d'expression est envisagée « en bloc » par le premier amendement. Dès lors, il semble intéressant d'exposer les mécanismes ayant conduit la Cour Suprême à dégager une conception artistique de la liberté d'expression. Ensuite, la longue tradition du contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis semble pouvoir inspirer le juge français et européen (M. JANIS, « La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique », *AJDA* 1998, p. 52). Par conséquent, le juge français des droits fondamentaux semble pouvoir s'inspirer des éléments propres au « art speech » américain.

¹¹³ *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209, 231 (1977).

¹¹⁴ *Ginzburg v. United-States*, 383 U.S. 463, 471 (1966) et *Miller v. California*, 413 U.S. 12, 24 (1973).

¹¹⁵ « *taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political or scientific value* ».

¹¹⁶ *Child Online Protection Act (COPA)*, 112 Stat. 2681-736, codifié par U.S.C. §231 (a)(1)(c).

toutefois que l'intégration de l'art dans le *free speech* pose des difficultés¹¹⁷. En particulier, le *free speech* n'est pas conçu pour appréhender le caractère artistique d'une expression, mais uniquement afin de garantir les expressions « politiques ».

38. La « *Freiheit der Kunst* » en droit allemand. La *Freiheit der Kunst* (liberté de l'art) fait également l'objet d'une protection particulièrement dynamique en droit allemand¹¹⁸. Mais, à la différence du droit américain, la *Freiheit der Kunst* bénéficie d'un régime juridique propre. En effet, la première manifestation de la liberté de l'art dans le droit positif allemand remonte à l'article 142 de la Constitution de Weimar de 1919. Cet article n'a cependant jamais eu de conséquence pratique. La liberté de l'art demeurait alors essentiellement symbolique. Elle va toutefois devenir une règle véritablement opératoire à partir de l'adoption de la *Grundgesetz* (« Loi Fondamentale ») en 1949. La garantie de la liberté de l'art prend véritablement corps en réaction au nazisme¹¹⁹. Ainsi, l'article 5 de la Loi Fondamentale prévoit que : « 1 - Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entrave aux sources qui sont accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure. 2 - Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel. 3 – L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution ». Comme nous pouvons l'observer, la liberté de l'art, consacrée au paragraphe 3, est distinguée de la liberté d'expression dont le siège réside dans le paragraphe 1. De plus, elle bénéficie d'une protection judiciaire forte, qui s'explique notamment par la puissance de la justice constitutionnelle allemande¹²⁰.

¹¹⁷ E. EBERLE, « Art as speech », *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, n° 50.

¹¹⁸ Plusieurs thèses ont été consacrées à la liberté de l'art en droit allemand : D. BEISEL, *Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen*, R. v. Decker's Verlag, 1997, H. HEMPEL, *Die Freiheit der Kunst. Eine Darstellung der schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, U. VOGT, *Die Freiheit der Kunst in Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz*, Juris Druck & Verlag Zurich, 1975.

¹¹⁹ L'histoire allemande, et notamment la méfiance envers les pouvoirs publics, explique que le droit allemand envisage la liberté de l'art sous l'angle des *droits subjectifs des créateurs*, et non pas seulement comme une restriction aux pouvoirs de l'administration, comme en droit français (H. RIDDER, « La liberté de l'art selon la Loi Fondamentale ». Conférence prononcée le 16 septembre 1962 à Berlin à l'occasion du congrès de l'Internationale Gesellschaft für Urheberrecht, *International Gesellschaft für Urheberrecht* n° 29, p. 45). La notion allemande de « droit fondamental » est ainsi conçue comme génératrice de « droits subjectifs » (D. CAPITANT, *La protection des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 27 et s.).

¹²⁰ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges Eisenmann*, Ed. Cujas, 1975, p. 49 et s., D. CAPITANT, *La protection des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001, p. 145, P. WASCHMANN, « Les droits fondamentaux, sans le savoir ni le vouloir », in B. MATHIEU (Dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 563, O. JOUANJAN,

39. La *kunstfreiheit* du droit allemand fait l'objet d'une importante activité jurisprudentielle. La première décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) concernant la liberté de l'art opposait le droit à la protection de la vie privée et la liberté du romancier Klaus Mann pour son roman *Mephisto* en 1971¹²¹. Cette première décision a posé les jalons d'un régime juridique propre de la liberté de l'art. Depuis, un certain nombre de décisions ont mis en œuvre la liberté de l'art¹²². Récemment, dans l'affaire *Esra*, du nom d'un roman d'auto-fiction, le Tribunal constitutionnel fédéral a rendu une décision d'importance concernant le régime de la liberté de l'art¹²³. À cette occasion, la *Bundesverfassungsgericht* a posé cinq principes applicables à la liberté de l'art. Tout d'abord, il relève les difficultés à définir *in abstracto* la création artistique. Selon elle, cette difficulté de définition ne supprime pourtant pas la possibilité de prévoir des règles spécifiques. Elle poursuit en confirmant le principe prévu lors de la décision *Mephisto*, selon lequel la qualité artistique désigne la « *composition créative dans laquelle les expériences et les impressions de l'artiste sont exprimées de façon formelle* »¹²⁴. Cette définition de la création artistique est riche d'enseignements. Celle-ci repose très clairement sur deux critères : la transmission d'émotions (les « expériences » et les « impressions ») et la « mise en forme » de l'expression. Elle est donc nettement distinguée des expressions « d'information ». Le juge constitutionnel allemand entend en effet prendre en compte les « *considérations spécifiquement artistiques* » (*Kunstspezifisch Betrachtung*). Ces « considérations » résident notamment dans la dimension fictionnelle et esthétique de l'expression. Ensuite, second principe, la liberté de l'art est applicable dans une dimension verticale (dans la relation entre l'Etat et les individus) et horizontale (dans les relations interindividuelles). Puis, troisième principe, la liberté de l'art concerne les « artistes » et les « auxiliaires » de la création

« La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, p. 44. Pour une appréciation identique dans le contexte de la liberté de création : A. OHLY, A. LUCAS-SCHLOETTER et H. BEVERLEY-SMITH, « *Artistic Freedom Versus Privacy. A Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective* », IIC 2008, p. 526, spéc. p. 535.

¹²¹ BVerfG, 24 février 1971, « *Mephisto* », 30, 173 (1971).

¹²² BVerfG, 29 août 2008, « *Couergan Film* », 1 BvR 1223/07 s'agissant d'un téléfilm retraçant l'histoire vraie du scandale du médicament *Couergan*. BVerfG, 12 décembre 2007, 1 BvR 350/02, 1 BvR 402/02, « *Pestalozzis Erben* » au sujet d'un roman autobiographique dont les requérants estiment s'être reconnus. BVerfG, 12 décembre 2007, 1 BvR 1533/07, « *Ehrensache* » concernant une pièce de théâtre dont l'histoire s'inspire du meurtre de la fille du demandeur. BVerfG, 9 juillet 2008, 1 BvR 519/08, 45f., « *Perplex* » au sujet d'une bande dessinée.

¹²³ BVerfG, 13 juin 2007, *Esra*, 1 BvR 1783/05 (2007). Voy. les commentaires : B. CLARK, « Freedom of Art v. Personality Rights : Ban Upheld On The Real Life Novel *Esra* », *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2008, 3, p. 221, A. OHLY, A. LUCAS-SCHLOETTER et H. BEVERLEY-SMITH, « *Artistic Freedom Versus Privacy. A Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective* », IIC 2008, p. 526.

¹²⁴ BVerfG, *Mephisto*, 188 f., *op. cit.*, BVerfG, 13 juin 2007, *Esra*, *op. cit.*

(éditeurs, diffuseurs, etc.). Le quatrième principe concerne l'intensité du contrôle exercé. Le Tribunal constitutionnel contrôle de façon approfondie la liberté de l'art. Enfin, selon un cinquième principe, la liberté de l'art n'est pas absolue, malgré l'absence de limite édictée par la Loi fondamentale.

40. Ainsi, le système allemand prend en compte de façon spécifique la qualité « artistique » d'une expression. Un régime juridique cohérent s'est développé depuis la décision fondatrice *Mephisto*. Bien que la protection spécifique de la liberté de l'art résulte en partie des particularités du système allemand des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins qu'elle repose en réalité sur la croyance en des qualités irréductibles des expressions artistiques. La liberté de l'art est donc nettement distinguée de la liberté d'expression.

B – En droit français

41. *La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.* L'article 27 de la DUDH 1948 proclame que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent » et que « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». La seconde partie de l'article 27 intéresse davantage la question de la protection des résultats scientifiques, littéraires ou artistiques, en consacrant le principe de protection des intérêts moraux et patrimoniaux¹²⁵. La première partie du texte concerne en revanche les *activités artistiques et scientifiques* : « *prendre part à la vie culturelle* » et « *participer au progrès scientifique* » s'analysent en des manifestations de la liberté de créer. Mais la DUDH ne dispose toutefois d'aucune force contraignante¹²⁶, ce qui implique d'examiner d'autres instruments internationaux.

¹²⁵ Voy. sur la qualification des prérogatives morales et patrimoniales de l'auteur en droit de l'homme ou droits fondamentaux : A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droit de l'homme*, LGDJ, 2008, et plus particulièrement pour une analyse des liens entre les droits de propriété intellectuelle et l'article 27 DUDH Voy. P. YU, « Reconceptualizing intellectual property interest in a human rights framework », *UC Davis Law Review*, 2006 vol. 40, 3, p.1039, A. KEREVER, « Le droit d'auteur est un droit de l'homme », *Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, 1998, P. TORREMANS, « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *Propriétés Intellectuelles* 2007, p. 173.

¹²⁶ Elle ne constitue qu'une « résolution » de l'Assemblée Générale de l'ONU. Le Conseil d'Etat ne considère pas ce texte comme une Convention ayant une autorité supérieure à la loi au sens de l'article 55 de la Constitution (CE, 23 novembre 1984, *Roujanski*, Rec. p. 383). Afin d'accroître l'effectivité des droits fondamentaux au niveau international, les dispositions de la Déclaration furent partiellement reprises par les deux Pactes internationaux de 1966.

42. *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)*. L'article 19 du PIDCP, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, dispose que « *toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* » (souligné par nous). Il faut relever que la « *forme artistique* » est ici distinguée de la « *forme orale, écrite et imprimée* ». Nous pouvons en déduire que les expressions artistiques correspondent, par opposition, aux expressions de forme « graphique ». Toutefois, les expressions artistiques sont clairement assimilées à des « idées » ou des « informations ». Cette approche tranche notamment avec le droit allemand qui fait des expressions artistiques un moyen d'expression des émotions et des sentiments. Elle évoque l'approche retenue par le droit américain.

43. *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)*. Ensuite, l'article 15§3 du PIDESC prévoit que « *les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices* ». Ainsi, le PIDESC envisage la « *liberté des activités artistiques et scientifiques* » de façon autonome, à l'instar du droit allemand. Comme nous allons le voir, cette approche est également retenue par le droit de l'Union européenne.

44. *Le droit de l'Union européenne (UE)*. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte DFUE), adoptée le 7 décembre 2000 à Nice, est un instrument novateur s'agissant de la liberté de l'art. En effet, elle proclame la liberté de l'art de façon autonome par rapport à la liberté d'expression. Ainsi, la « *liberté d'expression et d'information* » est prévue à l'article 11 : « *1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés* ». Or, la « *liberté des arts et des sciences* » est prévue par une disposition distincte de celle consacrant la liberté d'expression. L'article 13 dispose, en effet, par un alinéa unique, que « *les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée* » (souligné par nous). La Charte DFUE consacre donc la liberté de l'art de façon indépendante, sans rattachement à la liberté d'expression. Néanmoins, cette première impression semble fautive. En effet, la liberté de l'art au sens du droit de l'UE demeure attachée à la liberté d'expression. Une note du Présidium

explicatif de la charte DFUE précise ainsi que « *ce droit est déduit en premier lieu des libertés de pensée et d'expression* »¹²⁷. L'article 13 ne représenterait alors qu'une déclinaison de la liberté d'expression. Ce sentiment se trouve renforcé par la Résolution du Parlement Européen sur le respect des droits de l'homme du 17 décembre 1998, lequel condamne en son paragraphe 48 « *toute forme de censure culturelle et toute attaque contre la liberté d'expression et de création* ». En associant la liberté culturelle et la liberté d'expression dans une communauté de régime, le Parlement européen ne paraît pas non plus distinguer ces deux modes d'expression.

45. *Le droit de la Convention EDH.* À l'instar des textes du droit interne français, la Convention EDH ne fait pas explicitement référence à la liberté de création. S'agissant de la liberté d'expression, l'article 10§1 de la Convention l'envisage sous le prisme de la liberté de communiquer des idées et des informations : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* » (souligné par nous). Le même article poursuit : « *Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ». La liberté d'expression au sens de la Convention EDH est ainsi une liberté de l'information et des idées. Mais, malgré cette rédaction générale, le premier paragraphe de l'article 10 de la Convention EDH se réfère au « cinéma », mode d'expression créatif¹²⁸. L'inclusion du cinéma dans la rédaction de l'article 10 de la Convention EDH laisse donc penser que les diverses formes d'expression artistique sont incluses dans cette disposition. Cependant, à l'époque de la rédaction de ce texte, le cinéma représentait avant tout un moyen d'information du public à travers la diffusion des actualités. Dès lors, les rédacteurs de la Convention EDH semblent se référer davantage au cinéma en tant que vecteur d'informations qu'en tant que moyen de transmettre des émotions. D'ailleurs, la Cour EDH a toujours considéré les messages cinématographiques comme une forme d'expression informative¹²⁹. Partant, la référence au cinéma par l'article 10 de la

¹²⁷ *Projet de Charte DFUE, note du Présidium*, disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu>.

¹²⁸ La forme de l'expression (éclairage, jeu des acteurs, décors) et la personnalité du réalisateur sont des éléments essentiels de ce mode d'expression.

¹²⁹ Cour EDH, 20 septembre 1994, « *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* », § 49, Cour EDH, 25 novembre 1996, « *Wingrove c. Royaume-Uni* », § 36. Voy. *contra* l'opinion dissidente de M. le juge Lohmus : « *Comme l'a toujours dit la Cour, les garanties consacrées par l'article 10 (art. 10) valent non seulement pour des informations ou des idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives, mais aussi pour celles qui choquent ou inquiètent. Or il arrive souvent que des impressions artistiques soient transmises par des images ou des situations susceptibles de choquer ou d'inquiéter un individu de sensibilité moyenne. A mon avis, les auteurs du film litigieux n'ont pas dépassé la limite raisonnable au-delà de laquelle on peut dire qu'il y a injure ou*

Convention EDH, loin d'affirmer la liberté de création, confirme la place centrale occupée par la liberté de l'information.

46. *L'arrêt fondateur Müller c. Suisse.* La reconnaissance de la liberté de création résulte d'une interprétation de l'article 10 par la Cour EDH. Déjà, en 1983, la Commission européenne des droits de l'homme (Commission EDH) s'était interrogée sur le point de savoir « *si l'expression artistique bénéficie aux termes de l'article 10 d'une protection plus étendue que toute autre forme d'expression* »¹³⁰. La Commission EDH n'avait pas expressément considéré la liberté de création comme intégrée dans la sphère de la liberté d'expression. Il a fallu attendre l'arrêt fondateur de la Cour EDH *Müller c. Suisse* en 1988 pour que les formes d'expression artistique soient pleinement rattachées à l'article 10 de la Convention EDH¹³¹. Rendu au sujet de l'article 204 du code pénal suisse prohibant les écrits, films, images à caractère obscène, l'arrêt *Müller c. Suisse* dispose que : « *sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. Comme les comparants s'accordent à le reconnaître, il englobe la liberté d'expression artistique - notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées - qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte. S'il en était besoin, la justesse de cette interprétation trouverait une confirmation dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1) car les activités des "entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision" s'étendent au domaine de l'art ». (souligné par nous). Depuis cet arrêt fondateur, la Cour EDH a multiplié les références à la liberté d'expression artistique. Entre 1988 et 2011, six arrêts de la Cour EDH y font directement référence : en plus de l'arrêt *Müller c. Suisse*, il s'agit des arrêts *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, *Alinak et a. c. Turquie*, 4 mai 2006, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, *Ulusoy et a. c. Turquie* du 3 mai 2007, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007 et *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010. En outre, deux arrêts se rapportent indirectement aux expressions artistiques en traitant conjointement de la liberté satirique et artistique (*Leroy c. France* du 2 octobre 2008 et *Alves Da Silva c. Portugal* du 20 octobre 2010). La liberté de création fait donc l'objet d'une reconnaissance par la Cour EDH sous l'égide de l'article 10 de la Convention EDH.*

ridicule à l'égard d'objets de vénération religieuse ».

¹³⁰ Commission, 13 octobre 1983, *N. c. Suisse*, Req. n° 9870/82, DR 34, p. 208.

¹³¹ Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller et a. c. Suisse*, n° 10737/84.

Elle reconnaît que certaines expressions ont une « *nature artistique* »¹³². Parmi celles-ci figurent les œuvres d'art¹³³, les poèmes¹³⁴, les romans¹³⁵, le théâtre¹³⁶.

47. *Analyse de la jurisprudence européenne.* La Cour EDH envisage les expressions artistiques comme un mode d'expression au sens de l'article 10 de la Convention EDH. La valeur protégée par cette disposition est la diffusion « d'informations et d'opinions ». Par conséquent, les créations artistiques ne sont appréhendées qu'en ces qualités. L'approche de la Cour EDH s'apparente ainsi à celle des Etats-Unis.

48. *Les bénéficiaires de la liberté de création.* Selon la Cour EDH, la liberté de création bénéficie à tous les intervenants de la création : créateur, éditeur, exploitant, galeristes, etc. Elle considère ainsi que « *les requérants ont exercé sans conteste leur droit à la liberté d'expression : le premier en créant puis exposant les œuvres dont il s'agit, les neuf autres en lui offrant l'occasion de les montrer en public lors de la "Fri-Art 81" organisée par eux* »¹³⁷. La Cour EDH admet dès lors que la liberté de création artistique ne s'étend pas seulement à la diffusion des œuvres, mais également à la création de celles-ci.

49. *Le poids de la liberté d'expression.* En droit français, la liberté de l'art est placée dans l'orbite de la liberté d'expression. En effet, la grande souplesse des textes relatifs à la liberté d'expression autorise une interprétation large de celle-ci. Ainsi, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDH) dispose que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre des abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Ces dispositions ne précisent cependant pas la *nature* des messages en cause. Le droit positif et la doctrine admettent pourtant que la liberté d'expression au sens de la DDH recouvre un vaste domaine¹³⁸. Celui-ci recouvre la presse au sens large, le cinéma¹³⁹,

¹³² Cour EDH, 8 juillet 1999, *Karatas c. Turquie*, § 52.

¹³³ Cour EDH, *Müller c. Suisse* et Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*.

¹³⁴ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*.

¹³⁵ Cour EDH, *Alinak et a. c. Turquie*, Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, *Akdas c. Turquie*, Voy. concernant des « *ouvrages à vocation littéraire* » Cour EDH, *Arslan c. Turquie*, 8 juillet 1999, n° 23462/94.

¹³⁶ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*.

¹³⁷ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, § 27.

¹³⁸ La liberté de réunion, de manifestation et d'association découle ainsi de la liberté d'expression. Voy. sur les origines historiques de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'homme : P. LE MIRE in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEOUL (Dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Economica, 1993, p. 225 et s.

la radio et la télévision¹⁴⁰, les communications électroniques¹⁴¹, Internet¹⁴², etc. Dès lors, bien que la liberté d'expression au sens de l'article 11 de la DDH ne mentionne pas expressément l'expression artistique comme une modalité d'expression protégée, celle-ci est suffisamment large pour l'inclure.

50. *Le renouveau de la jurisprudence française.* Récemment, un courant de jurisprudence tend à séparer la liberté de création de la liberté d'expression. Ce mouvement se manifeste d'abord par l'importation des raisonnements de la Cour EDH¹⁴³. En effet, les formules de la Cour EDH relatives à la liberté de création sont reprises parfois *in extenso* par les juridictions françaises. La Cour de cassation a ainsi retenu en 1990, soit deux ans après l'arrêt *Müller*, le « principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique »¹⁴⁴. La proximité temporelle avec l'arrêt fondateur de la Cour EDH explique peut-être cette référence à la création artistique. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour EDH relative à la liberté de création a vocation, plus généralement, à influencer les juges français. Plus récemment encore, un litige opposant le droit à l'image d'une personne assise sur un banc public, dont la photographie a été publiée dans l'ouvrage *Perdre la tête* de François-Marie Banier¹⁴⁵, témoigne de l'accoutumance au raisonnement de la Cour EDH : la Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 6 novembre 2008, relève que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique »¹⁴⁶. Poursuivant le raisonnement strasbourgeois, les juges relèvent ensuite que « les motifs invoqués (...) à l'appui de sa demande de condamnation ne

¹³⁹ CE, 24 janvier 1975, *Ministre de l'Information c. Société Rome-Paris films, R. Lebon*, p. 57, RDP 1975, p. 286, concl. ROUGEVIN-BAVILLE.

¹⁴⁰ Loi du 29 juillet 1982, article 1 : « La communication audiovisuelle est libre ». Voy. également Cons. const., 17 janvier 1989, décision n° 88-248, Rec. 18, RJC I-339, 89-248 DC.

¹⁴¹ L'article L. 32-1 du Code des postes et des communications électroniques prévoit que « les activités de communication électroniques s'exercent librement ».

¹⁴² Cons. const., 10 juin 2009, *op. cit.*

¹⁴³ La jurisprudence de la Cour EDH remodèle le droit français de la liberté d'expression depuis les années 1990. Ce constat est largement partagé par la doctrine. Voy. notamment P. GUERDER, « La loi de 1881 sur la liberté de la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *GP* 23 décembre 2003, n° 357, p. 3, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA* 2002, p. 124. Le droit de la Convention EDH irrigue d'ailleurs largement les chroniques de droit de la presse (voy. notamment B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER et N. TAVIEAUX-MORO, « Droit de la presse et des médias », *JCP G*, 2008, I, 209). La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs que la jurisprudence de la Cour EDH a vocation à être importée en France sans attendre d'être attaquée devant elle. En particulier, l'influence du droit de la Cour EDH s'étend à « l'autorité de la chose interprétée » (Cass, Ass. Plén., 15 avril 2011, *GP* 17-19 avril 2011, p. 10, note O. BACHELET).

¹⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1990, « *La dernière tentation du Christ* », *Bull.*, n° 226, D. 1992, p. 72, note T. HASSLER.

¹⁴⁵ F.-M. BANIER, *Perdre la tête*, Académie de France à Rome, Villa Mediceis, Gallimard, 2003, p. 146.

¹⁴⁶ CA Paris, 8 novembre 2008, D. 2009, p. 477.

correspondent à aucun besoin social impérieux et ne sont pas nécessaires dans une société démocratique ». Notons, encore une fois, que la liberté de l'art est assimilée à la liberté d'expression, dont la fonction sociale est d'encadrer les échanges d'idées et d'opinions.

51. *La liberté de création en droit de la propriété intellectuelle.* Souvent invoquée par les parties ou relevée par les juges, la liberté de création est employée dans un sens différent en matière de propriété intellectuelle. Elle représente alors un moyen de justifier l'octroi du droit de propriété sur la création. La Cour de cassation la retient par exemple comme un élément d'appréciation en matière de qualification d'œuvres de collaboration¹⁴⁷ ou d'adaptation¹⁴⁸. De même, l'article L.511-4 du CPI, relatif aux dessins et modèles, prévoit que « pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle ». Elle n'implique cependant pas la mise en œuvre de l'arsenal méthodologique que représentent les droits fondamentaux. Il ne s'agit pas ici de l'invocation d'une liberté fondamentale mais d'un élément d'appréciation pratique. Par conséquent, il serait faux de considérer que la liberté de création, telle qu'employée en matière de propriété intellectuelle, fait référence au droit fondamental de la liberté de création.

52. *Un élément de la personnalité.* Le seul point commun entre la liberté de création au sens de la liberté d'expression et de la propriété intellectuelle repose sur la recherche de la « personnalité » du créateur. La liberté de création, entendu au sens du droit allemand, est la transmission « d'expérience et d'émotion ». De même, certains droit de propriété intellectuelle implique la recherche de la « personnalité » du créateur. C'est le cas en matière de droit d'auteur à travers le critère de « l'originalité » et en droit des dessins et modèles à travers celui du « caractère propre ».

53. *L'affaire de la suite des Misérables.* Revenant sur le terrain de la liberté d'expression, la première mise en œuvre de la liberté de création se trouve en réalité dans l'affaire abondamment commentée de la suite des *Misérables* de Victor Hugo¹⁴⁹. En effet, la

¹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2003, 01-13593, inédit : « Qu'ainsi 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 ». Voy. aussi l'affaire *Guino c. Renoir*, *infra* n° 628.

¹⁴⁸ La liberté de l'adaptateur d'une œuvre doit se concilier avec le droit moral de l'auteur de l'œuvre préexistante. En dépit de la réalité du conflit, et de la difficulté d'y trouver une solution juste, le raisonnement tenu par la Cour de cassation ne permet pas de déduire une mise en œuvre effective de la liberté de création (Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, « Affaire du Petit Prince », *Bull.civ. I*, n° 171, Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1966, *Bull.*, n° 518.)

¹⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, « *Les Misérables* », *Bull.* n° 47, *JurisData* n° 2007-037150, *JCP G* 2007, II, 10025, note Ch. CARON, *D.* 2007, p. 920, note S. CHOISY, *RLDI* 2007, n° 25, p. 6, note A. SINGH et Th.

publication de deux romans de François Cérésa, *Cosette ou le temps des illusions* et *Marius ou le fugitif*, présentés comme la suite des *Misérables* a conduit un héritier du célèbre romancier à invoquer le droit moral de celui-ci à l'encontre de l'auteur de ces créations. Aux vises des articles L.121-1, L.123-1 du CPI et 10 de la Convention EDH, la Cour de cassation considère que « la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié ». L'affaire de la suite des *Misérables* est très riche dans la mesure où la méthode de la Cour de cassation s'inscrit véritablement dans l'optique du contrôle de fondamentalité. La liberté de création, déduite de l'article 10 de la Convention EDH, est mise en balance avec le droit moral de l'auteur prévu par le CPI. La liberté de création n'est donc plus envisagée comme un élément factuel d'appréciation à la disposition du juge, mais comme une norme de nature conventionnelle justifiant la mise à l'écart d'une norme de valeur législative.

54. *En matière de vie privée.* La liberté de création produit un bouleversement comparable en matière de protection du droit à la vie privée et du droit à l'image. Le mouvement de fondamentalisation du conflit opposant le droit à l'image à la liberté de création résulte principalement de la jurisprudence novatrice de la « chambre de la presse » du TGI de Paris durant les années 2000¹⁵⁰. L'affaire *Mariage Mixte* en 2002, du titre du roman de Marc Weitzmann, intitulé *Mariage Mixte*, et inspiré de l'affaire Turquin¹⁵¹, inaugure une série de jugements où la liberté de création est érigée en pièce cardinale du raisonnement du juge¹⁵² : la publication d'un. Il s'agissait d'un roman s'inscrivant dans le genre des « romans du réel » ou encore des « auto-fictions ». Le TGI fit primer la liberté de création, sans toutefois la nommer, en soulignant le caractère personnel du message créatif litigieux. La juridiction relève en effet que « rien n'interdit à un écrivain de s'inspirer d'une affaire judiciaire particulièrement exceptionnelle au regard des aspects psychologiques et sociaux qu'elle révèle et de livrer au public sa propre vision des caractères et des circonstances qui en font le

DEBIESSE, *GP* 20 et 21 avril 2007, p. 10, note Th. LANCRENON, *Légipresse* 2007, III, p. 100, note E. EMILE-ZOLA-PLACE, *RIDA* avr. 2007, p. 249 et p. 193, note P. SIRINELLI, *Propr. Intell.* 2007, n° 23, p. 207, note A. LUCAS, *RTD com.* 2007, p. 354, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁵⁰ Plus généralement, cette juridiction a joué un rôle déterminant en matière de fondamentalisation du droit de la presse Voy. not. TGI Paris, 17^e ch., 25 avril 2001, au sujet du délit d'offense aux chefs d'Etat étrangers, et TGI Paris, 17^e ch., 15 décembre 1998, au sujet de l'interdiction de publication des sondages avant une élection.

¹⁵¹ Il s'agit d'une affaire criminelle lors de laquelle un vétérinaire niçois, Jean-Louis Turquin, a été condamné pour l'assassinat de son fils en 1991, sans que jamais le corps ne fut retrouvé.

¹⁵² TGI Paris, 17^e ch, 9 décembre 2002, *Juris-Data* : 2002-216393, *D.* 2003, p. 1715, note Ch. CARON.

ressort ». La prise en compte de la « vision propre » de l'écrivain en tant que caractéristique du message créatif semble dès lors reposer sur une distinction avec la nature informative des messages. En 2004, un litige mit en cause un ouvrage de textes signés par Jean Baudrillard et de photographies réalisées par Luc Delahaye. Les photographies litigieuses représentaient des anonymes dans le métro parisien. Une des personnes représentées faisait valoir son droit à l'image. La motivation des juges laisse une place importante à la notion de liberté de création. La chambre de la presse relève que la « *liberté de recevoir ou communiquer des idées (...) s'exprime spécialement dans le travail d'un artiste* »¹⁵³. Puis, une affaire similaire a impliqué des photographies de François-Marie Banier publiées dans l'ouvrage *Perdre la tête*. Etait en cause une photographie d'une dame sur un banc public. Le TGI estima une nouvelle fois, par un jugement du 9 mai 2007, que la liberté de création de l'artiste devait primer le droit à l'image de la personne représentée¹⁵⁴. Un autre jugement du 25 juin 2007, mettant à nouveau en cause des photographies de François-Marie Banier, tranche le conflit de droits fondamentaux dans le même sens¹⁵⁵. La 17^e chambre du TGI de Paris affirme ainsi « *qu'en matière d'art photographique, la créativité du photographe et la liberté d'expression de cet artiste n'a ainsi pour limite que le respect de la dignité de la personne représentée ou les conséquences d'une particulière gravité qu'entraînerait la publication des clichés pour le sujet* »¹⁵⁶. Me Bigot note en somme que la chambre de la presse a entendu placer la liberté de création « *au plus haut dans l'échelle des libertés* »¹⁵⁷.

II – La liberté de la science

55. *Un droit fondamental.* La liberté de la recherche¹⁵⁸ désigne « l'activité des chercheurs dans leur laboratoire »¹⁵⁹. Elle constitue une facette de la liberté de création dans la mesure où les activités scientifiques visent à produire des connaissances nouvelles, destinées à être diffusées et mise en forme. Elle est ici envisagée en tant qu'activité, et non quant aux résultats

¹⁵³ TGI Paris, 17^o ch., 2 juin 2004, *Luc Delahaye*, *Légipresse* 2004, n^o 214, III, p. 156, note Ch. BIGOT.

¹⁵⁴ TGI Paris, 17^o ch., 9 mai 2007, « *Chastenet de Puysegur c. SA Editions Gallimard, La nouvelle revue française et François-Marie Banier* », *Légipresse* 2007, III-246, p. 234, note A. FOURLON, *D.* 07, p. 2779, note Ch. BIGOT, confirmé par la Cour d'appel de Paris le 5 novembre 2008, *D.* 2009, p. 470, note Ch. BIGOT.

¹⁵⁵ TGI Paris, 17^o ch., 25 juin 2007, *D.* 2008, p. 57, note A. TRICOIRE

¹⁵⁶ TGI Paris, 17^o ch., 25 juin 2007, *op. cit.*, CA Paris, 5 octobre 2007, « *Massard dite Heidi Klum c. La Martinière* », *JurisData* n^o 2007-344787.

¹⁵⁷ Ch. BIGOT, « *Droit de la personnalité. Juillet 2006 – juillet 2007. Panorama* », *D.* 2007, p. 2779.

¹⁵⁸ La « liberté de la science », « liberté de la recherche » et la « liberté de la recherche scientifique » sont ici tenues pour synonymes.

¹⁵⁹ C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, p. 1.

produits¹⁶⁰. Il convient de déterminer dans quelles mesures la liberté de la recherche scientifique est un droit fondamental. La démonstration de la fundamentalité de la liberté de la science suppose de rechercher sa présence dans le corpus des textes des droits fondamentaux. L'étude du droit comparé montre que la proclamation de la liberté de la recherche scientifique oscille, comme la liberté de l'art, entre une reconnaissance propre et un rattachement à la liberté d'expression (A). Le droit français est également partagé quant à la place réservée à cette liberté. Bien que certains textes plaident en faveur d'une reconnaissance propre de la liberté de la science, celle-ci demeure cependant attachée à la liberté d'expression en droit positif (B).

A – En droit comparé

56. *Une double approche de la liberté de la science.* D'une manière générale, les droits étrangers proclament la liberté de la science et la liberté de l'art par le même texte. Il faut y voir, à notre sens, la manifestation d'une certaine unité de ces deux libertés : l'art et la science ont en commun de constituer des activités intellectuelles donnant lieu à la production d'une chose nouvelle (le bien créatif). Il s'agit de deux manifestations d'un même acte : l'acte de création. Mais un tel lien entre ces deux libertés n'est pas toujours explicite. Le droit comparé conduit à distinguer deux approches différentes. Selon la première, la liberté de la science est intimement liée à la liberté d'expression. Au contraire, selon la seconde approche, la liberté de la science est envisagée en tant que liberté autonome. Envisageons à présent ces deux approches.

57. *L'attraction de la liberté d'expression.* L'étude du droit comparé enseigne que la liberté de la science est bien souvent attachée à la liberté d'expression, dont elle en constitue une composante. C'est le cas par exemple en droit espagnol. L'article 20 de la Constitution espagnole de 1978 proclame en effet indistinctement la liberté d'expression et « *la production et la création littéraire, artistique, scientifique et technique* ». La liberté de la science représente alors une manifestation de la liberté d'expression¹⁶¹. Dans le même sens, l'article 42 de la Constitution portugaise, intitulé « *Liberté de création culturelle* » prévoit que « *la création intellectuelle, artistique et scientifique est libre. Cette liberté implique le droit à*

¹⁶⁰ P. LAMBERT, « Liberté scientifique et droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Burylant, 2003, p. 175, spéc. p. 181.

¹⁶¹ M. PUBLIDO QUECEDO, *Constitucion espanola*, Thomson, 4^e ed., 2005, p. 468. Voy. les critiques de S. SANCHEZ GONZALES, *La libertad de expresion*, Marcial Pons, 1992, p. 107, au sujet du rapprochement de la liberté de la science et de la liberté d'expression.

l'invention, à la production et à la diffusion d'œuvres scientifiques littéraires ou artistiques et comprend la protection légale des droits d'auteur »¹⁶². Comme en droit espagnol, la Constitution portugaise assimile la liberté de la science et de la liberté d'expression. En outre, ces deux droits jettent un pont entre, d'une part, la liberté d'expression scientifique et artistique et, d'autre part, les conditions de la propriété des biens créés¹⁶³. Ces dernières sont alors confondues avec la reconnaissance de la liberté de créer.

58. En outre, l'Histoire d'un pays permet en partie d'expliquer le traitement réservé à la liberté de la science : l'instrumentalisation de la science au service d'un régime dictatorial a conduit le constituant à consacrer la liberté de la science en tant que moyen d'expression politique¹⁶⁴. C'est le cas des systèmes constitutionnels espagnol et portugais, qui considèrent la liberté de la science comme une liberté d'expression renforcée. C'est aussi le cas du système allemand qui l'envisage de façon autonome.

59. *La proclamation autonome de la liberté de la science.* Selon une seconde approche, la liberté de la science est envisagée comme une liberté détachée de la liberté d'expression. Le droit allemand par exemple, proclame la liberté de la science de façon autonome. De même, les droits américain et canadien distinguent nettement ces deux libertés. En effet, la conception retenue de la liberté d'expression est principalement tournée vers la liberté d'information et la liberté d'expression commerciale. La liberté de la science n'est pas abordée par le droit de la liberté d'expression, d'essence politique et informative.

B – En droit français

60. En droit français, la liberté de l'art et la liberté de la recherche ont en commun de ne pas être expressément reconnues par les droits fondamentaux. En l'absence de reconnaissance de ces libertés, la doctrine a d'abord proposé de la rattacher à la liberté individuelle prévue par l'article 4 de la DDH¹⁶⁵. Le droit positif a cependant opté pour un rattachement à la liberté d'expression. En effet, comme pour la liberté de l'art, le Conseil constitutionnel assimile la liberté de la recherche scientifique à la liberté d'expression sur la base de l'article 11 de la DDH¹⁶⁶. Il considère en particulier que la liberté de la recherche est « *d'autant plus précieuse*

¹⁶² Trad. in *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, Economica, 1992, p. 369.

¹⁶³ L. ESCOBAR DE LA SERNA, *Manual de derecho de la informacion*, Dykinson, 1997, p. 367.

¹⁶⁴ P. LAMBERT, « Liberté scientifique et droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Burylant, 2003, p. 175.

¹⁶⁵ C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, op. cit., p. 22.

¹⁶⁶ Cons. const., 29 juillet 1994, déc. 94-345 DC, au sujet des enseignants-chercheurs.

que son exercice est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés ». La formule employée fait expressément référence à celle utilisée par la Cour EDH en matière de liberté d'expression. D'ailleurs, bien que plus tardive que celle du Conseil constitutionnel, la jurisprudence de la Cour EDH consacre la liberté académique en tant que composante de la liberté d'expression¹⁶⁷.

61. *Un besoin d'autonomie.* La liberté de la science, constituée de la liberté de la recherche et de la liberté académique¹⁶⁸, recouvre cependant une réalité différente de celle la liberté d'expression. En effet, elle consiste à choisir ses thèmes de recherche, à mettre en œuvre les méthodes nécessaires pour mener les recherches et, enfin, à publier ou non ses résultats¹⁶⁹. Ainsi, deux aspects de la liberté de la science la distinguent de la liberté d'expression. En premier lieu, la liberté de la science repose sur la mise en œuvre de « méthodes de recherche » (protocole de recherche, citation, expériences, etc.). Le chercheur n'est donc pas totalement libre de son expression. Il doit se plier aux canons de la recherche. En second lieu, elle suppose la production d'un résultat, c'est-à-dire d'une chose nouvelle, peu important qu'elle soit ou non appropriable. Les spécificités de la liberté de la science justifient donc, à l'encontre du droit positif, une approche distincte de la liberté d'expression. Cette approche est notamment retenue par la Charte DFUE, qui dispose en son article 13 que les « arts et les sciences sont libres ». La liberté des arts et des sciences est ainsi envisagée séparément de la liberté d'expression. Une approche équivalente est proposée par les articles 27 de la DUDH et 15 al. 3 du PIDESC qui prévoient la « liberté de recherche scientifique et des activités créatrices ».

62. *La nature du message créatif.* En définitive, il faut convenir que le droit positif tend à faire de la liberté de créer une composante de la liberté d'expression. L'assimilation à la liberté d'expression est toutefois contestable dans la mesure où la liberté de créer implique la production d'une chose nouvelle. La chose créée n'est pas réductible à un « message ». L'art et la science ne transmettent pas seulement une information ou une idée. Ils transmettent le résultat d'un travail qui n'a pas vocation à « informer » au sens traditionnel de la liberté d'expression. Il faut alors rechercher si une autre qualification est envisageable.

¹⁶⁷ Cour EDH, 23 juin 2009, *Sorguç c. Turquie*, § 35, au sujet de la liberté d'un universitaire d'exprimer des opinions relatives à l'institution dans laquelle il travaille. Cour EDH, 8 juin 2010, « *Sapan c. Turquie*, § 34, au sujet de la publication d'une partie de thèse de doctorat relative à un chanteur turc à l'aide « d'outils scientifiques ».

¹⁶⁸ L. GAMET, « La liberté des arts et des sciences », in L. BURGORGUE-LARSEN (Dir.), *La France face à la Charte DFUE*, Bruylant, 2005, p. 357.

¹⁶⁹ D. KURI et J.-P. MARGUENAUD « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », *D.* 2010, p. 2921.

§ 2 – L’attraction de la liberté du commerce et de l’industrie

63. *Un droit fondamental.* En tant qu’activité, l’acte de création se rapproche de la liberté de faire. Celle-ci demeure cependant une liberté mal définie et peu effective. Elle se rapproche également de la liberté du commerce et de l’industrie¹⁷⁰. Il s’agit d’un droit fondamental¹⁷¹. Elle trouve son origine dans le décret d’Allarde des 2 et 17 mars 1791 dont l’article 7 dispose qu’ « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon* ». Elle bénéficie d’une valeur constitutionnelle à travers l’article 4 de la DDH selon lequel « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-182 DC, Cons. const., 6 octobre 2010, déc. n° 2010-45 QPC, cons. 5. Elle est reconnue par la CJUE depuis une décision du 13 novembre 1979¹⁷². L’article 16 de la Charte DFUE prévoit également que « *la liberté d’entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ». Elle constitue de même une liberté au sens de l’article L.521-2 du CJA¹⁷³. Contrairement à la liberté d’expression, la liberté du commerce et de l’industrie permet de tenir compte de la dimension économique de la liberté de création **(I)**. Cette liberté permet ensuite d’envisager l’ensemble des activités créatives au sein d’une même catégorie **(II)**.

I – La dimension économique

64. La liberté du commerce et de l’industrie est la liberté « de toute personne de fabriquer et produire ce qui lui plait et comme il lui plait »¹⁷⁴. On perçoit déjà une certaine proximité avec la liberté de création : dans les deux cas il s’agit de « faire », « fabriquer » ou « produire » quelque chose. Elle recouvre en réalité deux branches : la liberté d’établissement (ou d’entreprendre) et la liberté d’exploiter. L’acte de création, considéré à présent comme une activité économique, peut être assimilé à la liberté d’entreprendre **(A)**. En effet, l’acte de création conduit le créateur à rechercher une exploitation commerciale de la chose créée **(B)**.

¹⁷⁰ Sur l’assimilation de la liberté de la recherche scientifique et de la liberté d’entreprendre : B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica/PUAM, 2000, p. 44.

¹⁷¹ J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d’entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chron. 1, V. CHAMPEIL DESPLATS, « La liberté d’entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Rev. dr. trav.* 2007, p. 19, D. FERRIER, « La liberté du commerce et de l’industrie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009, 15^e ed., p. 699, FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 277.

¹⁷² *Rec p.* 2727.

¹⁷³ CE, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Dr. adm.* 2002, p. 35, note M. LOMBARD.

¹⁷⁴ R. FRAISSE, « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d’entreprendre », *RJEP* 2011, étude 3, n° 15.

A – La liberté d’entreprendre une création

65. *Présentation.* La liberté d’entreprendre consiste dans la possibilité de créer une entreprise ou de débiter librement une activité commerciale. La suppression des corporations par le décret d’Allarde en 1791 a permis d’exercer librement une activité commerciale. Il n’est d’ailleurs pas nécessaire d’obtenir de qualification particulière. Bien entendu, certaines professions (avocat, médecin, etc.) et certains secteurs (banque, assurance, nucléaire, etc.) sont réglementés. L’activité de création, qu’elle soit considérée comme artistique ou technique, ne suppose pas non plus d’autorisation particulière. Chacun peut se déclarer artiste ou inventeur. La liberté de démarrer une activité créative est en principe libre. Cette affirmation trouve d’ailleurs une raison historique particulière compte tenu du poids des « Institutions » dans les domaines artistiques et scientifiques.

66. *L’économie de la création.* Les activités créatives constituent des secteurs importants de l’économie contemporaine¹⁷⁵. Sans entrer dans une analyse économique du droit, il faut considérer qu’une grande partie de la croissance économique des pays développés repose sur les activités créatives. Les « industries créatives » sont en effet des acteurs incontournables de l’économie¹⁷⁶. De nombreux secteurs dépendent étroitement de la création. Les secteurs de la musique, du cinéma, de la mode et du design, du multimédia, de l’audiovisuel, des jeux vidéo et d’Internet reposent pratiquement entièrement sur la création. La création donne donc lieu à un grand nombre d’activités économiques. Il paraît dès lors pertinent de mettre en parallèle la liberté d’entreprendre et la liberté de créer. Il s’agit dans les deux cas d’exercer une activité économique. Si l’acte de création n’a toutefois pas toujours un objectif industriel et commercial lors de sa réalisation, il porte toujours en lui un potentiel débouché commercial. Combien d’écrivains ont d’abord écrit pour leur plaisir avec d’être édités ? Combien d’inventeurs ont bricolé des jouets pour leurs enfants avant d’entamer une production industrielle ?

67. *Le travail créatif.* L’analogie entre les activités créatives et le travail traverse les frontières des sciences humaines. Par exemple, la sociologie de l’art appréhende également la création comme un travail. En particulier, M. Menger analyse le créateur en tant que

¹⁷⁵ M. DEMAREST, *Le 3^e compte de l’entreprise. Théorie générale de l’équivalent économique de création et d’invention*, E. de l’Innovation, 1988, G. GALVEZ-BEHAR, *La République des inventeurs. Propriété et organisation de l’innovation en France (1791-1922)*, PUR, 2008.

¹⁷⁶ R. CAVES, *Creative industries : contracts between art and commerce*, Harvard University Press, 2^e ed. 2001.

travailleur¹⁷⁷. Selon lui, le rapprochement entre les activités créatives et le travail repose sur un certain nombre de caractères communs : flexibilité, individualité, indépendance, résultat incertain et promesse de gains pour tous. Mais les « créateurs » ne forment pas une catégorie socioprofessionnelle autonome. Il n'existe pas de diplôme ni de régime juridique de créateur. Seuls les créateurs techniques font l'objet d'une approche juridique autonome¹⁷⁸.

B – La liberté d'exploiter la création

68. *L'exploitation de la création.* La liberté d'exploitation, seconde branche de la liberté du commerce et de l'industrie, est le droit pour le commerçant de « conduire ses affaires comme il l'entend »¹⁷⁹. Elle signifie que le commerçant est libre de choisir les moyens de production et de diffusion des fruits de son activité commerciale. Cette liberté nous semble tout à fait applicable aux créateurs. La liberté d'exploiter les résultats de la création offre en effet une garantie nécessaire à l'activité de création. Il s'agit en quelque sorte d'une condition préalable à l'acte de création. Quel serait l'intérêt de créer si l'exploitation des résultats de cette activité était interdite ? Il apparaît donc que l'acte de création est intimement lié à la liberté d'exploitation. De ce point de vue, la fonction sociale de la liberté d'exploitation des créations est identique à celle du droit de propriété : l'incitation à la création. Il est en effet fréquent de remarquer que la fonction sociale du droit de propriété intellectuelle est d'encourager la création en offrant une réservation des résultats créatifs¹⁸⁰.

69. *Le créateur exploitant.* Au regard du développement des industries créatives, le créateur apparaît, de plus en plus, comme un entrepreneur ou un travailleur. Il est en effet un entrepreneur lorsqu'il développe lui-même une activité commerciale à partir de son travail créatif. C'est le cas fréquent par exemple des graphistes, informaticiens ou photographes exerçant en *free lance* ou en auto entrepreneur. Dans les autres cas, il est un travailleur salarié de la création¹⁸¹. En toute hypothèse, la liberté d'exploitation des créations a vocation à s'appliquer au créateur lui-même ainsi qu'aux « auxiliaires de la création ». Par cette

¹⁷⁷ P.-M. MENGER, *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphose du capitalisme*, La République des Idées, Seuil, 2002, P.-M. MENGER, *Le travail créateur. S'accomplir dans l'incertain*, Gallimard, Seuil, 2009. *Contra* J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art. Une analyse juridique de l'art contemporain*, Thèse Paris 1, 2009, p. 73 : « l'assimilation de l'activité créatrice au travail conduit à nier les spécificités de la création artistique ».

¹⁷⁸ Voy. de façon générale sur le statut juridique de l'ingénieur : J. PERTEK, *L'ingénieur et le droit*, PUF, 1991.

¹⁷⁹ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 91.

¹⁸⁰ Cf. n° 729.

¹⁸¹ P.-M. MENGER, *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphose du capitalisme*, La République des Idées, Seuil, 2002.

expression, il faut entendre toutes les personnes, physiques ou morales¹⁸², qui concourent à la création. L'impulsion de l'acte de création et l'exploitation des résultats de la création sont bien souvent réalisées par d'autres personnes que le créateur. Le producteur, l'éditeur, les chaînes de télévision, les radios, les sites Internet, les galeristes, les investisseurs, les mécènes, les traducteurs, les artistes interprètes, etc. sont des maillons essentiels de l'exploitation de la création, donc des activités créatives. Tous ces acteurs exercent en effet une activité commerciale.

II – L'unité des activités créatives

70. *Les inventeurs et les créateurs.* Le principal avantage de la qualification des activités créatives à partir de la liberté du commerce et de l'industrie est de proposer une lecture unitaire des activités créatives. Création et innovation partagent en effet une même caractéristique : elles résultent d'un travail créatif. Comme nous l'avons déjà vu, la création désigne avant tout les activités artistiques, tandis que l'innovation se rapporte aux activités techniques. Il apparaît toutefois que la création et l'innovation sont fréquemment traitées conjointement par les droits fondamentaux. L'article 13 de la Charte DFUE dispose ainsi que « *les arts et la recherche scientifique sont libres* ». L'article 15.2 du PIDESC envisage également ensemble « *le développement et la diffusion de la science et de la culture* ». Pourquoi envisager dans un même texte la création et l'innovation ? Il y a selon nous un hiatus entre leur proclamation dans un même texte et leur traitement doctrinal distinct. La liberté du commerce et de l'industrie nous semble en revanche permettre de les envisager de concert.

71. *Le travail créatif : la nouveauté.* La création et l'innovation partagent en effet une première caractéristique commune : celle de résulter d'un travail. Qu'il soit dénommé « créatif » ou « innovant », le travail consiste dans une seule activité : puiser au fond de son être et de ses connaissances afin de produire une chose nouvelle. Le travail créatif suppose en effet que le résultat soit nouveau. Ainsi, les brevets sont appréciés en fonction de « l'état de la technique » : sans nouveauté, il n'y a pas d'innovation. La création suppose de même un certain degré de nouveauté : sans elle, il n'y aurait qu'imitation ou copie. Lorsque de Jeff Koons réutilise des photographies d'autrui pour les représenter sans modification apparente, il réalise une création en les proposant dans un cadre différent. Le raisonnement est le même

¹⁸² Sur l'application de la liberté du commerce et de l'industrie aux personnes morales : Y. GUYON, « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA* 1998, p. 136.

pour un *ready made* : il y a création par changement de destination de l'objet (indépendamment de savoir s'il y a une contrefaçon). Il faut admettre que la création et l'innovation partagent une origine commune : le travail.

72. *La liberté, condition de la créativité.* Invention et création partagent une autre caractéristique : la liberté est une condition d'existence des activités inventives et créatrices. La créativité et l'innovation ont en effet en commun de s'épanouir dans la liberté. Il ne s'agit pas ici d'une vague utopie libertaire. Sans liberté, il est véritablement impossible de créer. Si le stylo de l'écrivain, le clavier de l'informaticien ou le tube à essai du scientifique sont contrôlés par un tiers, aucun travail de création ne peut être envisagé. Celui qui aura donné l'ordre pourra au mieux revendiquer la qualité de créateur « intellectuel » ou de « créateur maître de l'ouvrage »¹⁸³. Mais la personne qui a réalisé la création ne sera pas son créateur à défaut de créativité.

Section 2 – L'exercice de la liberté de créer

73. *L'économie générale de la liberté de création.* La liberté de création constitue un droit fondamental. À ce stade de notre raisonnement, la fondamentalisation de la liberté de création résulte du rattachement à la liberté d'expression ou à la liberté du commerce et de l'industrie. Nous avons déjà observé que certaines caractéristiques de ces libertés paraissent incompatibles avec la notion de création. Le « message créatif » possède en effet des caractéristiques propres (§1). De plus, la liberté de création est souvent envisagée comme une liberté absolue. En particulier, la figure de « l'exception artistique » est invoquée afin de justifier un certain absolutisme de la liberté de création. Pourtant, il s'agit d'une liberté relative (§2).

§ 1 – Les caractéristiques du message créatif

74. La nature de message créatif. Les messages d'information et d'opinion représentent les principaux contenus protégés par la liberté d'expression. En cela, ces catégories de messages constituent le « cœur » de la liberté d'expression. Comme nous allons le voir, la nature des messages créatifs est différente de celle des messages informatifs. Il s'agit en effet d'une expression de forme (**I**) dont la fonction première n'est pas d'informer (**II**).

¹⁸³ Cf. n° 174.

I – Une expression de forme

75. *Le mécanisme de communication.* Le mécanisme de la communication est toujours identique quel que soit la nature du message véhiculé. Il suppose la réunion d'un ou plusieurs locuteurs, qui délivrent un message à un destinataire. Le triptyque locuteur-message-destinataire est à la base de toute communication. Cette représentation de la communication correspond au modèle développé par Shannon et Weaver dans *Théorie mathématique de la communication* en 1948. Ces auteurs envisagent la communication en tant que relation linéaire entre le locuteur et le destinataire. Le message subit un double mouvement de codage/décodage : codage par le créateur/locuteur et décodage par le public/destinataire.

76. *La variété des modes d'expression.* Au-delà de ce mécanisme de base, les modes d'expression d'un message sont variés : informatif, satirique, humoristique, artistique, politique, divertissant, etc. Les spécificités de chaque mode d'expression engendrent un régime juridique particulier¹⁸⁴. Ainsi, les expressions politiques¹⁸⁵, humoristiques¹⁸⁶, commerciales¹⁸⁷ ou encore historiques¹⁸⁸ font l'objet de traductions juridiques particulières. La délimitation d'un champ spécifique de la liberté de créer suppose ainsi de déterminer les caractéristiques du message créatif.

77. *L'acte créatif et le message créatif.* L'acte de création conduit à l'élaboration d'un message créatif. Les caractéristiques de l'acte créatif se retrouvent dans le message créatif. Il

¹⁸⁴ B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *RDJ* 2007, n° 1, p. 231. *Adde.* L'approche retenue par le *Traité du droit de la presse* (B. BEIGNER, E. DREYER, B. DE LAMY, Litec, 2009) correspond à cette thèse consistant à distinguer les modes d'expression en autant de « branches » de la liberté d'expression, *Rev. trm. dr. h.* janvier 1993, n° spécial, *La liberté d'expression, son étendue et ses limites*, L.-E. PETTITI, « La liberté d'expression, la CEDH et la vie politique », in *Mélanges N. Valticos*, Pédone, 1999, p. 459. Voy. pour la comparaison de la Cour Suprême et Cour EDH : L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, PU Clermont-Ferrand, préf. G. SCOFFONI, 2003, *passim*.

¹⁸⁵ Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, Req. n° 9815/182.

¹⁸⁶ F. PASSOT, *L'humour et le droit*, thèse, Lyon III, 2006, L. BROCHARD, *Le rire et le droit privé*, thèse, Poitiers 2006, P. RAINVILLE, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Les Presses de l'Université de Laval, coll. Dikès, 2005, H. LECLERC, « Caricatures, blasphème et défi », *Légipresse* 2007, n° 242, III, p. 123, N. MALLEY-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *Légipresse* 2006, n° 229, I, p. 37, S. BENGUI, « Publicité : la caricature peut-elle constituer une excuse au dénigrement ? », *Légipresse* 2007, n° 243, III, p. 147, B. ADER, « Liberté de la satire et de la caricature », *Légipresse* 2000, n° 175, p. 162, F. FIECHTER-BOULVARD, « La caricature : dualité ou unité », *RTD Civ.* 1997, p. 67, B. ADER, « Humour et liberté d'expression, aperçus jurisprudentiels », *Légipresse* 1994, n° 108, janvier-février, II, p. 1, S. DURRANDE, « La parodie, le pastiche, la caricature », in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 133.

¹⁸⁷ Les discours commerciaux ont été reconnus par la Commission EDH, 5 mai 1979, *Church of Scientology c/ Suède*, DR. 16, p. 68) puis par la Cour EDH, 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, Req. n° 106112/83, § 25.

¹⁸⁸ N. MALLEY-POUJOL, « Diffamation et vérité historique », *D.* 2000, p. 226, C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Dalloz, NBT, 2007, T. HOCHMANN, « Les limites à la liberté de l'« historien » en France et en Allemagne », *Droit et Société*, n° 69-70, 2008, p. 527.

faut, dès lors, envisager de concert ces deux éléments. L'acte créatif est une *action* qui donne naissance à une chose que les droits fondamentaux envisagent comme un message (au sens de la liberté d'expression). Plusieurs de ses caractéristiques le distinguent des autres formes d'expression.

78. *Une création de forme.* L'activité de création produit un message d'une nature particulière car il s'agit avant tout d'une forme. La substance du message créatif est constituée par la forme et non par le fond. Il peut s'agir d'une forme matérielle ou immatérielle. Une action produit en effet nécessairement un résultat. Ainsi, le message créatif se distingue des messages d'opinion et d'informations. Son essence n'est pas d'informer ni de communiquer une opinion¹⁸⁹. Cependant, certains messages sont à la fois des expressions d'information ou d'opinion et de forme. Un film de cinéma par exemple véhicule à la fois un message cognitif et une forme. De même, un ouvrage scientifique expose les résultats d'une recherche ainsi que les opinions de leur auteur. Chaque manuscrit de thèse débute par cette phrase : « La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ». En somme, il faut plus exactement distinguer la nature informative et la mise en forme d'un message créatif. Ces caractéristiques produisent des effets juridiques différents.

79. *Une forme nouvelle ?* L'exigence de mise en forme de la création conduit à interroger la nature de cette forme : l'acte de création doit-il être un acte nouveau ? De prime abord, il semble, en effet, que la liberté de création ne peut se comprendre que si la forme est nouvelle. En plus de constituer éventuellement une contrefaçon, une mise en forme qui ne serait pas nouvelle ne serait pas objet de la liberté de création. Par exemple, le lien entre la liberté de création et l'exigence d'une forme nouvelle se manifeste en matière de dessins et modèles. En effet, la mise en forme issue de l'acte de création est appréciée en lien étroit avec la liberté de création. L'article L.511-4 du CPI propose l'appréciation du « *caractère propre* » en fonction de la liberté de création. Toutefois, ce raisonnement confond l'acte de création et le résultat de la création. En tant que composante de la liberté d'expression, l'acte de communication est indifférent à la nouveauté du message. Par exemple, il est admis qu'une nouvelle publication d'un message illicite demeure illicite. Ainsi, envisagée sous l'angle de la liberté d'expression, la nouveauté du message créatif est indifférente.

¹⁸⁹ Voy. dans ce sens A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse* 2002, n° 196, p. 148.

80. *L'abus de la liberté du commerce et de l'industrie.* En revanche, appréhendée sous l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie, la nouveauté du message est un élément cardinal. En effet, la copie ou l'imitation de la création d'autrui constitue un abus de la liberté du commerce et de l'industrie. Cet abus est sanctionné sur le terrain de la concurrence déloyale ou du parasitisme.

81. *Une activité intime.* La seconde caractéristique du message créatif est son caractère personnel. Le processus de création se déroule en effet essentiellement dans le for intérieur de la personne du créateur. Il suppose ainsi l'accomplissement d'un « saut créatif » qui prend naissance dans le tréfonds de la personne. L'acte de création s'oppose alors à l'expression d'une simple « information »¹⁹⁰ : une information est un fait extérieur à l'individu, tandis que la création fait corps avec la personne du créateur. La personne à l'origine d'une information est interchangeable. En revanche, l'acte de création dépend étroitement de la personne du créateur. Le caractère intime de l'acte de création représente un élément essentiel du régime juridique de la liberté de création. En effet, l'exercice de la liberté de créer ne peut se comprendre qu'en référence au caractère intime de l'acte de créer.

82. *La transmission d'émotions.* En particulier, le caractère intime de l'acte de création se traduit par la transmission d'émotions. Cet aspect de l'acte de création se manifeste notamment en matière de création artistique et de divertissement. La fonction émotive du discours créatif est notamment mise en avant par des auteurs américains¹⁹¹. M. Bezanson note ainsi que l'art est « un acte d'imagination »¹⁹². Le « speech » au contraire est un message cognitif. Dès lors, le message créatif devrait être protégée en tant que « forme » et non en tant que message. Toutefois, les expressions artistiques ou de divertissement transmettent parfois aussi des informations. Il faut alors prendre en considération cette nature. Ainsi M. Bezanson distingue l'art propositionnel (*propositional art*) de l'art non-propositionnel (*nonpropositional art*).

¹⁹⁰ La définition juridique de « l'information » demeure toutefois incertaine : P. CATALA, « La définition juridique de l'information », *D.* 1984, chron. p. 98, J.-Ch. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, Chron. p. 229.

¹⁹¹ R. BEZANSON, « Art and the Constitution », University of Iowa Legal Studies Research Paper, may 2008, E. EBERLE, « Art as speech », *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, n° 50 : « For example, art can appeal to sensory, subliminal, emotional or other noncognitive dimensions of human life ». En France Voy. M. IACUB, « Les dangers de l'exception artistique », *Art Press*, septembre 2006.

¹⁹² R. BEZANSON, « Art and the Constitution », *op. cit.*

83. *Les droits allemand et suisse.* La transmission d'émotions, traduisant la personnalité du créateur, constitue de même une caractéristique de la liberté de l'art en droit allemand. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande, dans l'affaire « *Mephisto* », mettant en cause le romancier Klaus Mann, poursuivi en diffamation par un ancien nazi, propose une définition des activités artistiques : « *la caractéristique essentielle des activités artistiques est la mise en forme des impressions, expériences* »¹⁹³ du locuteur. Elle ajoute que « *les créations ne sont pas des informations mais l'expression de la personnalité d'un artiste* »¹⁹⁴. La distinction entre les expressions artistiques et les autres types d'expressions relève ainsi, selon la Cour constitutionnelle allemande, de la *nature* du message véhiculé. Les messages transmis par les activités artistiques sont essentiellement des émotions irrationnelles, par opposition aux messages à caractère informatif dont la signification exprime l'exacte volonté de l'auteur. Le droit suisse envisage également la liberté de l'art en tant que liberté de transmettre des émotions. La liberté de l'art est née en droit suisse du constat que la liberté d'expression *stricto sensu* n'était pas adaptée à la nature émotionnelle et irrationnelle de la création artistique¹⁹⁵. Dès lors, la liberté de l'art se distingue de la liberté d'expression par sa capacité à transmettre des émotions.

84. *Les créations scientifiques.* S'agissant de la liberté de recherche scientifique, le tribunal constitutionnel espagnol considère dans le même sens que « *la liberté scientifique suppose une participation subjective de son auteur, tant au niveau du choix des sujets de recherche que des méthodes de recherche* »¹⁹⁶. Les résultats scientifiques sont en effet des messages de formes qui expriment la subjectivité de leur auteur¹⁹⁷. S'ils constituent la mise en œuvre de *méthodes*, les résultats scientifiques ne sont pas pour autant « objectifs ». La subjectivité de l'auteur s'incarne dans le choix des méthodes et l'interprétation des résultats. L'activité de création scientifique est d'ailleurs fortement marquée par la figure de l'inventeur. En effet, les inventions et les découvertes sont toujours associées au chercheur qui en est l'auteur. L'honnêteté de la recherche suppose d'ailleurs de citer le nom de la personne à l'origine de la création. Il faut donc convenir que la création scientifique est également une activité personnelle.

¹⁹³ *Mephisto*, 30 BVerfGE 173, 188-89 (1973)

¹⁹⁴ Traduction de E. EBERLE, « Art as speech », *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, n° 50.

¹⁹⁵ J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^{ème} éd., Berne, 1999, p. 303.

¹⁹⁶ STC 43/2004, de 23 marzo (RTC 2004, 43), cité par M. PUBLIDO QUECEDO, *Constitucion espanola*, Thomson, 4^e ed., 2005, p. 469 (trad. pers.).

¹⁹⁷ Comp. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD Civ.* 1998, p. 247.

85. *Une analogie avec les conditions d'accès à la propriété sur le bien créatif.* En définitive, les deux caractères de l'acte de création (exigence de forme et expression de l'intimité) évoquent les conditions d'accession aux droits de propriété intellectuelle. En effet, l'exigence de forme se retrouve en droit de la propriété intellectuelle dans la mesure où les monopoles portent sur la mise en forme d'idées, et non sur les idées elles-mêmes. De même, le caractère intime se retrouve en droit de la propriété intellectuelle à travers le critère de « l'originalité » en droit d'auteur et du « caractère propre » en droit des dessins et modèles. La proximité des critères de protection du droit d'auteur et des caractéristiques laisse penser à une sorte de « droit commun » de l'acte de création et du résultat de la création.

86. En définitive, l'acte de création donne naissance à un message d'une nature particulière. Le message créatif est un message mis en forme qui reflète l'intimité du créateur. Il doit donc être distingué des autres formes de messages (humoristique, politique, informatif, etc.). Il faut cependant noter que les frontières entre ces catégories de messages sont poreuses.

II – Une expression non informative

87. *L'apport de la philosophie esthétique.* La philosophie esthétique représente un domaine de réflexion plus avancé que la science juridique sur les questions relatives à la création¹⁹⁸. Elle constitue dès lors un terrain d'analyse privilégié permettant d'aiguiller la recherche de solutions juridiques. M. Jouanjan considère ainsi que « la notion d'art n'en finit pas de poser problème au juge, nécessairement confronté à des questions probablement inextricables de théorie esthétique qui paraissent gouverner la solution d'un problème strictement juridique »¹⁹⁹. Selon la théorie esthétique, le message créatif peut être analysé sous deux angles distincts. Il est envisageable d'une part selon ses propres règles : il s'agit de la théorie de « l'art pour l'art ». Il est envisagé d'autre part en tant que construction sociale : il s'agit de l'approche conséquentialiste de l'art.

88. *La théorie de « l'art pour l'art ».* L'esthétique envisage d'abord les créations artistiques en fonction de leurs « caractéristiques propres ». Cette idée s'incarne en particulier dans la thèse de l' « autonomie de l'art ». Elle a pour origine les mots grecs *auto* et *nomos* qui

¹⁹⁸ Nous avons choisi d'étudier l'esthétique plutôt que l'epistémologie car celle-ci offre des analyses plus facilement « transposables » juridiquement.

¹⁹⁹ O. JOUANJAN, « Allemagne. Chroniques », *AJJC* 2007, p. 608.

signifient « qui est à soi-même sa propre loi ». En esthétique, l'autonomie de l'art traduit l'idée d'une « indépendance de l'art vis-à-vis de tout ce qui lui serait extrinsèque et n'obéirait pas à ses règles propres »²⁰⁰. Selon cette thèse, le jugement d'une œuvre d'art ne doit donc pas dépendre de facteurs extérieurs au monde de l'art.

89. *L'apport de la théorie littéraire.* La théorie de l'autonomie de l'art a d'abord été développée dans le champ littéraire. En effet, différents mouvements littéraires ont rejeté toute référence à des normes de jugement extérieur au monde de la littérature. Par exemple, les *romantiques* et les poètes du mouvement *Parnasse* proposent de juger les créations artistiques uniquement selon leurs formes et leur *style*. Flaubert proposa par exemple l'écriture d'un livre sur « rien », afin de laisser la place qu'au style. Dans cette perspective, les jugements portés sur l'œuvre ne relèvent que de l'esthétique où forme et style sont les seuls critères permettant de juger une œuvre. L'auteur, le lecteur et le contexte social sont considérés comme inutiles à l'analyse de l'œuvre. En particulier, l'autonomie littéraire suppose de ne pas rechercher l'intention du créateur. Cette méthode d'analyse de la création tranche radicalement avec la critique littéraire incarnée par Sainte-Beuve et Gustave Lanson. Selon ces auteurs, le sens d'une œuvre littéraire doit être recherché par son étude en étroite relation avec la personnalité et les intentions de l'auteur. Les reproches adressés à la critique beuvienne sont notamment développés par Proust pour qui la critique d'une œuvre ne doit pas être recherchée dans la personnalité de l'auteur²⁰¹. Des analyses anti-intentionnalistes ont été proposées par Barthes. En décrétant en 1968 la « mort de l'auteur »²⁰², il considère que la nouvelle critique littéraire doit se fonder sur le postulat selon lequel le sens de l'œuvre ne doit pas être recherché chez l'auteur, mais chez le « *lecteur/regardeur* ». La « mort de l'auteur » doit permettre la « naissance » du lecteur à travers lequel doit être recherché le sens de l'œuvre²⁰³.

90. *La distinction du fond et de la forme.* La thèse de l'autonomie de la création se manifeste également dans le champ philosophique. Chez Platon, la *mimesis* (ie. mimétique de la nature) est considérée comme la fonction première de l'art. Selon cette conception, la

²⁰⁰ « Autonomie de l'art », in J. MORIZOT et R. POUIVET (Dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Armand Colin, 2007.

²⁰¹ M. PROUST, *Contre Sainte-Beuve*, Gallimard, rééd., 1965.

²⁰² « La mort de l'auteur » est le titre d'un article de Roland BARTHE paru en 1968 dans la revue *Manteia*, amorçant la théorie du post-structuralisme, FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », texte de conférence donnée en 1969 à la Société française de Philosophie.

²⁰³ Le thème de l'importance de la perception de la création artistique par le public sera développé *infra* au sujet des lois du genre.

création artistique aurait pour unique but de représenter la nature. Elle n'aurait alors pas de fonction propre. Cette pensée philosophique de l'art a subi une profonde mutation au XX^{ème} siècle. En effet, pour les modernes, l'appréciation des œuvres d'art doit être autonome. L'art dispose d'une fonction « autotélique », c'est-à-dire que « toute œuvre est à elle-même sa propre fin »²⁰⁴. Cette fonction autolégislative de l'art suppose que l'appréciation des œuvres soit réalisée en référence à ses propres lois²⁰⁵. L'art ne doit pas être compris en relation avec la société, mais en référence à ses propres normes. L'autonomie signifie que l'art a une histoire et des codes qui lui sont propres, détachés de l'histoire et des codes politiques, religieux ou économiques. Avec Kant, la théorie de l'esthétique prend la forme d'une conscience esthétique où la perception subjective de l'œuvre est fondamentale. Dans la *Critique de la faculté de juger*, Kant développe la notion de « finalité sans fin » selon laquelle la création serait débarrassée de toute finalité objective. L'expression « l'art pour l'art », dont la paternité est attribuée à Victor Cousin, traduit cette conception de la création. La création d'*Institutions* (musée, Académies, écoles), d'un marché de l'art et l'influence des critiques et experts d'art sont d'ailleurs considérées comme les principales manifestations de l'autonomisation de l'art²⁰⁶.

91. *Traduction juridique.* Le point commun de toutes ces réflexions philosophiques est que l'étude de la *forme* doit être détachée de celle du fond de la création. La théorie de l'art pour l'art signifie que le sens de la création réside dans sa forme. Ne pas tenir compte de la forme de l'expression conduirait à négliger le véritable sens de la création. Or, la question de la prise en compte de la forme de l'expression représente un des principaux obstacles au développement de la liberté de création. Selon une observation fréquente, le juge ne peut pas devenir un critique d'art²⁰⁷. Le juge ne disposerait pas des « outils » nécessaires au jugement des œuvres d'art. La même remarque est faite au sujet des inventions scientifiques : le juge ne détient pas le « savoir absolu »²⁰⁸. Cette critique ne nous paraît pas entièrement fondée. En effet, la création artistique peut être appréhendée à travers des critères objectifs, tels que celui

²⁰⁴ J.-P. COMETTI, *Art, Représentation, Expression*, PUF, coll. « Philosophies », 2002, p. 14.

²⁰⁵ P. ESQUIVEL, *L'autonomie de l'art en question : l'art en tant qu'art*, L'Harmattan, 2008, p. 32 et s.

²⁰⁶ R. MOULIN, *L'artiste, l'institution, le marché*, *op. cit., passim*. La sociologue dénonce néanmoins l'autonomie de l'art en montrant que le refus de toute valeur extra-esthétique est une construction élitiste du marché de l'art.

²⁰⁷ A. AUER, « La liberté de l'art ou l'art de libérer la conscience : un essai », in *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste*, Actes du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003, Schulthess, Genève, 2003, p. 81, P.-Y. GAUTIER, « L'art et le droit naturel », *Archives de philosophie du droit, Droit et Esthétique*, n° 40, p. 216.

²⁰⁸ B. EDELMAN, « Le droit, les "vraies" sciences et les "fausses" sciences », in *Droit et science*, *Arch. phil. dr.* t. 36, Sirey, 1991, p. 55.

de l'intention de l'artiste ou celui de la perception de la création par « l'homme moyen »²⁰⁹, permettant de distinguer le fond et la forme. En outre, la mission du juge comporte des tâches bien plus délicates, comme la recherche de l'intérêt général, de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille ou encore du comportement du bon père de famille en matière de responsabilité.

92. *La théorie conséquentialiste de la création.* À côté de la théorie de l'autonomie de l'art, l'esthétique envisage également les œuvres d'art à travers leur « réception sociale ». Des mouvements artistiques comme le *futurisme*, *fluxus* ou *l'Internationale situationniste* ont par exemple revendiqué la filiation politique. Pour les postmodernistes, l'art n'est plus considéré en dehors de la vie sociale. Selon Walter Benjamin, la doctrine de *l'art pour l'art* a laissé place à celle de l'intégration des expressions artistiques dans l'espace politique²¹⁰. Face à « l'esthétisation de la politique », Benjamin propose la « politisation de l'art », avec pour conséquence la réduction de la distance entre l'art et les autres domaines de la société. L'inscription dans un contexte social doit permettre une analyse plus efficace de l'œuvre. Le postmodernisme entend ainsi redonner à l'art sa « *fonction communicative et sociale* ». Le philosophe Arthur Danto, représentant avec Nelson Goodman de l'école de l'esthétique analytique, voit en la « mort de l'art » la fin d'une histoire autonome de l'art. La valorisation des contenus au détriment des formes ainsi que l'affermissement de la place de l'art dans la société sont revendiqués par ce courant de pensée.

93. *Théorie marxiste de l'art.* Derrière ces théories se profile également une approche marxiste de l'art selon laquelle la création s'insère dans la structure sociale. En particulier, Théodore Adorno reprendra la théorie marxiste de l'art pour l'élargir²¹¹. Mais la principale critique faite à la théorie marxiste de l'art est sa contradiction interne : Marx se demande pourquoi, si elle font partie de la structure sociale, les œuvres suscitent un intérêt et des interrogations des siècles plus tard. Les premiers esthéticiens marxistes prétendaient percevoir à travers les œuvres un univers idéologique. Puis, Herbert Marcuse, philosophe de l'Ecole de Francfort, tempère l'analyse marxiste en reconnaissant une part d'autonomie à l'art. Nietzsche retient une analyse proche. Selon lui, le contenu de la chose *est* la forme.

²⁰⁹ Voy. les « lois du genre » de la création dans la seconde partie.

²¹⁰ BENJAMIN, *L'œuvre d'art à l'époque de la reproduction mécanique*, 1936, réed. Folio, 2008.

²¹¹ ADORNO, *Théorie esthétique*, trad. M. JIMENEZ, Klincksieck, 1989.

94. *La fonction sociale de la création.* Selon cette seconde analyse esthétique, la fin de l'autonomie de l'art signifie l'intégration de la création parmi les autres formes de discours. Les interrogations relatives au « politiquement correct » remplacent alors « l'ancienne problématique de la souveraineté de l'art »²¹². Le jugement de la création suppose ainsi la prise en compte d'éléments extrinsèques au monde de l'art. L'art s'insère alors dans le discours politique. La création concourt à la garantie de la démocratie. Par conséquent, elle mérite la même protection juridique que celle accordée aux expressions politiques. Tant que la création artistique était considérée comme une expression de forme détachée de sa signification, autolégiférée, elle ne pouvait bénéficier de la protection de la liberté d'expression accordée aux autres domaines de la vie sociale. En faisant entrer l'art dans la sphère sociale, on lui fait profiter des règles de protection accordées aux autres expressions. Cette approche est qualifiée de « conséquentialiste », car la spécificité de l'expression artistique résiderait dans sa fonction sociale²¹³. Contrairement à la théorie de l'art pour l'art, la théorie conséquentialiste de l'art invite à tenir compte de la réception sociale de la création.

95. *La dimension sociale de la liberté d'expression.* Les messages d'information et d'opinion sont au centre de la protection des discours au sens de la liberté d'expression. L'article 10 § 1 de la Convention EDH indique en effet que le droit à la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées ». De même, le Conseil constitutionnel a érigé en objectif de valeur constitutionnelle le « pluralisme des courants de pensées et d'opinions »²¹⁴. La protection vigoureuse des discours informatifs et d'opinions est expliquée par l'origine historique de la liberté d'expression. La discussion d'idées et d'opinion constitue en effet le rôle essentiel de la liberté d'expression dans les sociétés démocratiques. Cette fonction est exposée dès le XVII^e siècle par le philosophe anglais Milton dans son ouvrage *De la liberté de la presse et de la censure* (ou *Areopagitica*) publié en 1644. Il considère en particulier que la libre discussion des idées et des opinions permet la découverte de la *vérité*. L'appel à la *raison* de l'ensemble des citoyens représente le plus sûr moyen de mettre à l'écart les informations douteuses et les opinions erronées. En outre, la libre expression permet l'échange d'informations entre citoyens et permet ainsi l'émergence d'une *opinion publique*. En contrepoint, Milton considère que l'inconvénient majeur de la censure réside dans sa subjectivité. Le « jugement » des discours est mieux assuré par les citoyens que par les

²¹² P. ESQUIVIEL, *L'autonomie de l'art en question : l'art en tant qu'art*, L'Harmattan, 2008, p. 274.

²¹³ R. OGIEN, *La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale*, La Musardine, 2007, p. 47.

²¹⁴ Cons. const., 27 février 2007, 2007-550 DC, cons. 15

censeurs officiels. La liberté d'expression est le seul moyen d'atteindre la vérité par la formation d'une opinion publique. « Etouffer un bon livre, c'est tuer la raison elle-même », assurait-il. La liberté de la presse, apparue pour la première fois en Angleterre en 1694, repose sur cette ligne philosophique. La fonction de discussions et d'échanges des idées et des opinions a également inspiré les révolutionnaires français²¹⁵. Dans le *Mémoire sur la librairie* de 1758, Malesherbes fut le premier français à proposer de laisser à l'opinion publique la liberté de décider de la valeur des écrits et des discours. Puis, à la suite de Milton, Malesherbes affirme par le *Mémoire sur la liberté de la presse* de 1788 que « la liberté de la discussion est le moyen sûr de faire connaître à une nation la vérité ». Mirabeau s'inscrivit ensuite dans cette conception de la liberté de la presse²¹⁶. La conception de la liberté d'expression comme outil visant la discussion de sujets d'intérêt général est ainsi ancrée à la racine de nos sociétés contemporaines.

96. *Droit positif : le débat d'intérêt général.* Les textes consacrant la liberté d'expression s'inscrivent logiquement dans ce contexte historique. La liberté d'expression est avant tout conçue comme un moyen de garantir la libre discussion des idées. Ce postulat se trouve à la base de la rédaction de l'article 11 de la DDH. De même, la Convention EDH, adoptée un siècle et demi plus tard s'inscrit également dans cette perspective. L'article 10 prévoit que les restrictions à la liberté d'expression doivent être « *nécessaires dans une société démocratique* ». Cette fonction de « chien de garde » de la démocratie a été maintes fois répétée par la Cour EDH. En effet, selon l'interprétation de l'article 10 de la Convention donnée par l'arrêt fondateur *Handyside*, « *la liberté d'expression vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique* ». La Cour ajoute que « *l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours et du débat politique – dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance [...] – ou des questions d'intérêt général* ». La liberté d'expression est ainsi protégée avec plus de force lorsque le locuteur véhicule des informations, idées et opinions qui concourent au débat d'intérêt général. Les expressions d'opinions sur une question d'intérêt général nécessitent une protection supérieure car le débat d'idées est essentiel au processus démocratique. Les

²¹⁵ A. SÖDERHJELM, *Le régime de la presse pendant la Révolution française*, Helsingfors, 1900.

²¹⁶ MIRABEAU, *Sur la liberté de la presse*, 1798.

confrontations d'idées et d'informations permettent au citoyen de se forger une opinion. Cette fonction de la liberté d'expression est également très présente aux Etats-Unis. La fameuse opinion dissidente du juge Holmes dans l'affaire *Abrams v. United States* résume parfaitement la fonction de garantie démocratique de la liberté d'expression : « *l'ultime bien commun désiré est toujours mieux atteint par la libre communication des idées et le meilleur test de la vérité se trouve dans la capacité d'une pensée à se faire accepter dans la compétition du marché* »²¹⁷.

97. Hiérarchie des expressions. La conséquence immédiate de cette fonction de la liberté d'expression est de hiérarchiser les expressions selon qu'elles concourent à la discussion de sujets importants²¹⁸. Les expressions sont protégées avec plus de force lorsqu'elles participent au « marché des idées ». Les expressions contribuant à alimenter le « débat d'intérêt général » jouissent d'une garantie plus importante. En Europe, le nivellement de la garantie de la liberté d'expression selon le degré de participation au débat d'intérêt général est particulièrement important dans la jurisprudence des droits fondamentaux. Ainsi, la CJUE prévoit une différence de traitement selon que l'expression en cause contribue au débat d'intérêt général. La doctrine de la CJUE est résumée dans l'affaire *Karner* du 24 mars 2004. La Cour considère que « *quand l'exercice de la liberté ne contribue pas à un débat d'intérêt général et, que, au surplus, on se trouve dans un contexte dans lequel les États ont une certaine marge d'appréciation, le contrôle se limite à un examen du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence* »²¹⁹. Dans le même sens, la Cour EDH considère que les expressions gratuitement offensantes « *ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* »²²⁰. De même, les deux juridictions européennes considèrent ainsi que le caractère commercial d'une expression conduit à une protection moins importante du locuteur²²¹. En effet, le caractère commercial

²¹⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, trad. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, op. cit., p. 165.

²¹⁸ L. GROSCLAUDE, Liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême des Etats-Unis, thèse, 2003, p. 225 et s., L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, PU Clermont-Ferrand, préf. G. SCOFFONI, 2003, op. cit., p. 332 et s., G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, Dalloz, 2006, passim.

²¹⁹ CJUE, 24 mars 2004, *Karner*, C-71/02, § 51.

²²⁰ Cour EDH, *Wingrove c. R.-U.*, § 52, Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 49, Cour EDH, *Gündüz c. Turquie*, § 37.

²²¹ Voy. la jurisprudence de la Cour EDH : Cour EDH, *Barthold c. Allemagne, markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, Hertel c. Suisse, Casado Coca c. Espagne, Jacubowski c. Allemagne, VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, Voy. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : CJUE, 23 octobre 2003, *RTL Television*, C-245/01, § 73, CJUE, *Karner*, C-71/02, § 51, CJUE, 2 avril 2009, *Damgaard*, C-421/07, § 27.

d'une expression signifie que les informations et les opinions véhiculées ne concourent pas à l'intérêt général car ils visent à promouvoir les intérêts particuliers d'une personne. Au regard de la fonction de « débat d'intérêt général », il semble donc logique que les expressions politiques soient protégées avec plus de force que les autres expressions. Ainsi, la doctrine relève que les atteintes à la liberté d'expression politique sont frappées d'une « quasi-présomption d'inconstitutionnalité » en Europe et aux Etats-Unis dès lors qu'elles véhiculent « des idées qui intéressent le domaine politique ou soulèvent une question d'intérêt public »²²². La fonction de « chien de garde » de la démocratie irrigue donc notre conception de la liberté d'expression.

98. *Des « genres » de discours différents.* En dépit de la prédominance des messages informatifs et d'opinion dans la protection des discours, il n'en demeure pas moins que la liberté d'expression est « plurale »²²³. L'activité de création se distingue pourtant des autres « genre de discours ». Par cette expression, il faut entendre, selon le linguiste M. Maingueneau, « une catégorie de nature *situationnelle* qui désigne des dispositifs de communication socio-historiquement définis »²²⁴. Ainsi, l'objet des discours varie suivant la situation. Si les catégories de discours ne sont pas toujours bien définies par le juriste, il n'en demeure pas moins que le droit tient compte de ces différences. La plupart des travaux universitaires relatifs à la liberté d'expression consacrent d'ailleurs des développements à la détermination de la qualification des discours²²⁵. Mais, contrairement aux discours relatifs à l'information et à l'opinion, la création ne fait pas souvent l'objet d'une approche juridique autonome²²⁶.

99. Le caractère « pluriel » de la liberté d'expression signifie que les supports et les modes d'expression sont, en principe, indifférents à la protection juridique des discours. Ainsi, la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse concerne toutes les formes de publication : écrit, audiovisuel, Internet, théâtre, cinéma, manifestation publique, pancarte, tract, cris,

²²² L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit., n° 544, Voy. aussi L. PECH, « Constitution et liberté d'expression. Etats-Unis », *AJJC* 2007, p. 184, M. VERPEAUX, « Liberté d'expression et discours politiques », *AJJC* 2007, p. 235.

²²³ B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité du droit de la presse et des médias*, op. cit., p. 72.

²²⁴ D. MAINGUENEAU, *Les termes clés de l'analyse du discours*, Seuil, coll. Points, 2^e ed., 2009, p. 68.

²²⁵ L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit., *passim*, G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, Dalloz, 2006, L. GROSCLAUDE, *Liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême des Etats-Unis*, thèse, Paris 2, 2003.

²²⁶ Voy. cependant pour une classification tenant compte de la création, bien que de façon critique, G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 45 et s. : « il existe la catégorie floue de l'expression des sentiments (...). Les sentiments sont toutes sortes d'impressions personnelles, goûts, inclinaisons, désirs, émotions, douleurs et plaisirs, etc. (...). Le sentiment est évanescant, sa catégorie aussi ».

discours, etc. Le seul critère permettant de déclencher l'application de la liberté d'expression est la « publication ». La responsabilité de l'auteur est mise en œuvre dès la première publicité de l'expression. Il est donc indifférent de distinguer les différents modes de discours. Le respect de la pluralité des modes d'expression invite dès lors à tenir compte du caractère créatif des discours. Il est donc impératif de distinguer le message créatif des messages d'information et d'opinion. Le message créatif ne revêt pas nécessairement de caractère informatif. Le message créatif peut ainsi viser une finalité divertissante ou contemplative. Le message d'information peut refléter une vision du monde personnelle du créateur. En ce sens, le message transmis ne vise pas à informer ni à convaincre.

100. *Le « mini-marché des idées ».* Il est concevable que le message créatif vise différentes finalités. Ainsi, les messages créatifs peuvent parfaitement véhiculer des informations ou des opinions²²⁷. Il existe un mélange des fonctions créatives et informatives : la créativité alimente ainsi un « mini-marché des idées »²²⁸. Toutefois, la distinction des différents modes discursifs n'est pas aisée. Il arrive que les modes de discours soient emmêlés. Par exemple, la Cour EDH a relevé qu'un article écrit par un directeur de clinique vétérinaire, paru dans un journal allemand à grand tirage, pouvait relever à la fois du discours informatif (car il informe de l'ouverture nocturne d'une clinique vétérinaire) et du discours publicitaire²²⁹. Plus généralement, la Cour EDH ne distingue pas totalement ces deux modes discursifs. Ainsi, par l'arrêt *Müller*, la Cour EDH affirme que « *le roman relève de l'expression artistique, laquelle entre dans le champ d'application de l'article 10 en ce qu'elle permet de participer à l'échange public d'informations et idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes. Ceux qui créent ou diffusent une œuvre, littéraire par exemple, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique* »²³⁰. Cette formulation est depuis régulièrement reprise par la juridiction. Par exemple, la Cour annonce par l'arrêt *Alves Da Silva c. Portugal* que « *les interventions satiriques sur des sujets de société (...) peuvent elles aussi jouer un rôle très important dans le libre débat des questions d'intérêt général sans lequel il n'est pas de société démocratique* »²³¹. Un auteur note à cet égard que « *la liberté d'expression artistique est donc pensée suivant le modèle de la communication des informations et des idées et conçue comme une participation à l'échange public des*

²²⁷ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, n° 99.

²²⁸ B. DEMARSIN, E.J.H. SCHRAGE, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (Eds.), *Art and Law*, Die Keure, Business and Economics, 2008, p. 96.

²²⁹ Cour EDH, *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, Req. n° 8734/79.

²³⁰ Cour EDH, *Alinak et a. c. Turquie*, 4 mai 2006, § 41-43, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 8 juillet 1999, § 49.

²³¹ Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 octobre 2009, req n° 41665/07, § 29.

idées »²³². Toutefois, dès l'arrêt *Müller*, on perçoit une ébauche de contestation de l'assimilation de la création aux critères communs à la liberté d'expression. Par une opinion en partie dissidente, le juge Meyer relève que « *l'art ou ce qui prétend l'être relève certainement du domaine de la liberté d'expression. Point n'est besoin de tenter d'y voir une forme de communication d'informations ou d'idées : il peut l'être, mais on peut douter qu'il le soit nécessairement* »²³³.

101. En somme, l'assimilation des expressions artistiques aux opinions et aux informations est réductrice pour deux motifs. D'abord, la philosophie de la liberté d'expression ne permet pas de prendre en compte la *forme* des messages créatifs. Ensuite, la liberté de création suppose de mettre la personnalité du locuteur au centre du discours. Ces deux qualités, forme du message et personnalité du créateur, sont remarquablement exprimées par le Tribunal constitutionnel allemand lors des arrêts « *Méphisto* » et « *Esra* ». Celui-ci définit en effet le message créatif comme une « *composition créative dans laquelle les expériences et les impressions de l'artiste sont exprimées de façon formelle* »²³⁴. En contrepoint, les juges européens et français appréhendent, à tort selon nous, la liberté de création suivant les canons de la liberté d'expression.

§ 2 – La relativité de la liberté de création

102. *Les manifestations de la relativité de la liberté de création.* En tant que droit fondamental, la liberté de création est un droit limité. La relativité de la liberté de création signifie que la reconnaissance d'une « exception artistique », ou d'une « exception scientifique »²³⁵, comprise comme la manifestation d'une liberté absolue, est incompatible avec les droits fondamentaux (I). Partant, la liberté de création est relative. La liberté du créateur, artiste ou non, doit s'effacer dans certaines circonstances²³⁶. Toutefois, la limitation de la liberté de création ne doit pas excéder une certaine limite, sauf à supprimer ce droit fondamental. Pour connaître cette limite, il faut rechercher le noyau dur de la liberté de création (II).

I – L'exception artistique

²³² C. RUET, « L'expression par l'image au regard de l'article 10 de la Convention EDH », p. 33, in *Image et droit*, sous la direction de P. BLOCH, L'harmattan, 2002.

²³³ Opinion partiellement dissidente du juge MEYER sous *Müller c. Suisse*.

²³⁴ BVerfG, *Méphisto*, 188 f, *op. cit.*, BVerfG, 13 juin 2007, *Esra*.

²³⁵ P. LAMBERT, « Liberté scientifique et droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003, p. 175, spéc. p. 180.

²³⁶ Cf. n° 222 et s.

103. La notion d'exception artistique est parfois évoquée afin de justifier la liberté (quasi)absolue de l'artiste ou du créateur. Elle est envisagée comme une justification des préjudices causés aux tiers par le créateur. Il s'agit d'une notion complexe. Il est donc nécessaire de la présenter (**A**). Comme nous le verrons, elle est intellectuellement séduisante. Elle n'est pourtant pas légitime en matière de droits fondamentaux (**B**).

A – Présentation de l'exception artistique

104. Par principe, les droits fondamentaux sont relatifs. Pourtant, l'opinion selon laquelle les artistes bénéficieraient d'une « exception artistique », c'est-à-dire d'un droit absolu de créer, est assez répandue chez les observateurs du monde de l'art. Elle signifie qu'un traitement particulier devrait être réservé aux artistes. Elle possède différentes racines. Parmi celles-ci, il faut identifier plus précisément les causes sociologiques, esthétiques, économiques, et enfin juridiques, de l'exception artistique.

105. *Les origines sociologiques.* En premier lieu, d'un point de vue sociologique, l'exception artistique trouve une explication dans le statut particulier réservé aux artistes dans nos sociétés. Selon Mme Heinich, la constitution de la figure contemporaine de l'artiste s'esquisse, dès le Moyen Âge, par la distinction entre les artistes et les artisans²³⁷. La création des *Académies* de peinture, détachées des corporations ouvrières et artisanales, représente la première étape de l'autonomisation de la figure de l'artiste. Le mouvement d'autonomisation du statut de l'artiste se poursuit avec l'importance reconnue à la valeur intellectuelle des œuvres. L'art est considéré comme le reflet du *génie* de l'artiste²³⁸. Par conséquent, la figure de l'artiste s'est progressivement détachée de celle des autres travailleurs²³⁹.

106. *Les origines philosophiques.* L'exception artistique trouve une seconde source dans la philosophie esthétique. L'idée selon laquelle les normes de jugements de l'art doivent être le fruit du monde artistique est traduite par l'expression « *l'art pour l'art* ». Elle suppose que le jugement des productions artistiques est réalisé uniquement à partir de normes artistiques. Par exemple, la préface de *Mademoiselle de Maupin* de Théophile Gautier, destinée à défendre le roman visé par la censure morale, est considérée comme l'un des textes fondateurs de l'art

²³⁷ N. HEINICH, *Du peintre à l'artiste. Artisans et académiciens à l'âge classique*, Editions de Minuit, 1993, *passim.*, R. MOULIN, *L'artiste, l'institution et le marché*, Flammarion, 2^e ed., 1997, p. 249 et s.

²³⁸ R. MOULIN, *L'artiste, l'institution et le marché*, *op. cit.*, p. 299.

²³⁹ Comp. P.-M. MENGER, *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphose du capitalisme*, Seuil, coll. « La République des Idées », 2002.

pour l'art en littérature²⁴⁰. Théophile Gautier estime dans cette préface de 1834 qu'« il n'y a rien de vraiment beau que ce qui ne peut servir à rien...Tout ce qui est utile est laid ». Baudelaire exprime aussi cette opinion des romantiques : « vous savez que je n'ai jamais considéré la littérature et les arts que comme poursuivant un but étranger à la morale, et que la beauté de conception et de style me suffit »²⁴¹. En définitive, les acteurs du monde de l'art considèrent que les productions artistiques disposent d'un certain pouvoir « autolégislatif ».

107. *Les origines économiques.* D'un point de vue économique, le débat contemporain sur l'exception culturelle contribue également à faire de l'artiste une figure hors du droit commun²⁴². En particulier, les économistes notent que le marché des biens culturels est caractérisé par une forte imprédictibilité et une impossibilité de réduction des coûts. De ce constat économique, les observateurs s'interrogent quant à la nécessité des interventions étatiques sur le marché des biens culturels. La fameuse expression « la culture n'est pas une marchandise comme les autres » traduit la volonté de traiter distinctement les créations artistiques. Par conséquent, les créations répondraient à des logiques économiques particulières, nécessitant l'élaboration de normes spéciales.

108. *Les origines juridiques.* Certaines analyses juridiques abondent également en faveur d'une exception artistique. D'abord, la revendication d'un régime juridique d'exception se rencontre fréquemment dans des domaines de forte spécificité. C'est le cas par exemple dans le domaine scientifique. Ainsi, Bertrand Mathieu relève que l'importance accordée à la liberté de recherche scientifique entraîne parfois la revendication « d'une autonomie totale de la science au sein de la société, et partant, une organisation des pratiques sociales fondées sur les seules données de la science »²⁴³. De même, des analyses « exceptionnalistes »²⁴⁴ sont réalisées en matière d'expressions humoristiques. Le raisonnement est identique à celui du monde de l'art : la régulation déontologique serait incompatible avec les règles du droit commun. Par conséquent, le traitement particulier des expressions artistiques, ajouté à la

²⁴⁰ A. LONTRADE, « Autonomie de l'art », in *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Armand Colin, 2007.

²⁴¹ Cité par Y. LECLERC, *Crimes écrits. La littérature en procès au XIX^e siècle*, Plon, 1991, p. 34.

²⁴² J. FARCHY, *La fin de l'exception culturelle ?*, CNRS Editions, 1999, *passim*, J. HEILBRUN et Ch. GRAY, *The economics of Art and culture*, Cambridge University Press, 2^e ed, 2001, *passim*.

²⁴³ B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica, 2000, p. 16, pour qui le droit est parfaitement légitime à réguler la recherche génétique car « la légitimité du droit repose essentiellement sur sa vocation et à faire respecter un système de valeurs autour duquel la société humaine s'est construite ».

²⁴⁴ D. GUERIN-SEYSEN, « Humour, santé publique et droit des marques », *LPA* 2008, n^o 188, p. 22.

croyance relativement répandue selon laquelle chaque domaine pourrait faire l'objet d'un traitement particulier, accrédite la thèse de l'exception artistique d'un point de vue juridique.

109. Les analyses sociologiques, esthétiques, économiques et juridiques conduisent en définitive à considérer que les créations artistiques ou scientifiques se situent hors de la logique commune. L'artiste ne serait pas un travailleur comme les autres. Par conséquent, l'ensemble de ces traitements d'exception ont eu pour conséquence de donner naissance à la notion, plus vaste, d'exception artistique, au bénéfice de laquelle une certaine juridicité est revendiquée. La traduction juridique de l'exception artistique conduit à considérer les créations comme un espace imperméable à la règle de droit²⁴⁵, c'est-à-dire, selon une formule imagée, « une sorte d'ambassade étrangère avec des prérogatives d'immunité ou d'inviolabilité »²⁴⁶. Envisagée dans un rapport de conflit de droits fondamentaux, l'exception artistique signifie que les créations doivent, par principe, primer sur les droits concurrents.

110. *Histoire et actualité de l'exception artistique.* L'apparition de la revendication juridique de l'exception artistique est difficile à dater. Néanmoins, notons que l'exception artistique ne faisait pas partie de l'argumentaire des défenseurs des artistes au XIX^{ème} siècle. Par exemple, la notion d'exception artistique est absente des débats lors des fameux procès à l'encontre de Flaubert et de Baudelaire en 1857. Bien au contraire, la défense des écrivains insiste sur la *moralité* des œuvres incriminées²⁴⁷. Aujourd'hui, la revendication de l'exception artistique provient avant d'associations. Le plus souvent, la revendication porte sur les limites pénales à la liberté d'expression²⁴⁸. Par exemple, la Ligue des Droits de l'Homme milite en faveur de l'exception littéraire au profit des œuvres de fiction²⁴⁹. La proposition de la Ligue

²⁴⁵ J. SOULILLOU, *L'impunité de l'art*, Seuil, 1995, p. 19 : *l'autonomie pénale renvoie au tracé d'un cercle autour de l'œuvre, interdisant l'accès à la loi (...) en la déclarant incompétente à légiférer à l'intérieur de ce cercle* », M. IACUB, « Vers une littérature libérée de ses juges », *Libération*, 31 mai 2005.

²⁴⁶ E. BRUNET, « Défaite de la liberté de pensée ? Revue critique des arguments pour la censure », in *Le sens de l'indécence. La question de la censure des images à l'âge contemporain*, E. VAN ESSCHE (Dir.), La lettre volée, 2005, p. 41. L'auteur prend toutefois parti pour une « censure » raisonnable car sa suppression entraînerait des conséquences néfastes : escalade de violence afin de se faire connaître, relativisation du réel, droit de critiquer négligé, négligence de la valeur des interdits.

²⁴⁷ À ce sujet, voy. la plaidoirie de SENARD, avocat de Flaubert lors du procès de *Madame Bovary*, qui débute par ces mots : « M. Gustave FLAUBERT est auprès de moi. Il affirme devant vous qu'il a fait un livre honnête. Il affirme devant vous que la pensée de son livre, depuis la première ligne jusqu'à la dernière, est une pensée morale, religieuse, et que, si elle n'était pas dénaturée (nous avons vu pendant quelques instants ce que peut un grand talent pour dénaturer une pensée), elle serait (et elle reviendra tout à l'heure) pour vous ce qu'elle a été déjà pour les lecteurs du livre, une pensée éminemment morale et religieuse pouvant se traduire par ces mots. L'excitation à la vertu par l'horreur du vice ».

²⁴⁸ J. SOULILLOU, *L'impunité de l'art*, Seuil, 1995, *passim*.

²⁴⁹ Voy. le *Manifeste de l'observatoire de la liberté de création* : « Un personnage de roman ou de film est fictif : il n'existe pas, autrement que dans l'œuvre » (disponible sur <http://www.ldh-france.org>). Voy. également,

des droits de l'homme porte sur l'exclusion des œuvres de fiction du champ d'application des articles 227-23 et 227-24 du Code Pénal. Ces dispositions incriminent les expressions outrageantes mettant en scène des mineurs ou, sans impliquer de mineurs, étant susceptibles d'être vues ou perçues par des mineurs. Ces dispositions seraient par principe inadaptées aux expressions fictionnelles. Certaines manifestations se cantonnent à exiger une appréciation « souple » des expressions artistiques. Par exemple, le Syndicat National de l'Édition (SNE) a demandé la mise en place d'une « exception jurisprudentielle »²⁵⁰ (*sic*), en appelant à la modération dans l'application des peines. À la lecture de ces revendications, on s'aperçoit cependant que l'exception artistique constitue plus un « slogan » porteur qu'une proposition opératoire.

111. *La thèse du juge Black.* La manifestation la plus nette de la thèse de l'absolutisme de la liberté d'expression résulte de la conception portée par le juge Black de la Cour suprême américaine²⁵¹. Plus que d'une conviction intellectuelle, la conception de la liberté d'expression formulée par le juge Black résulte d'une interprétation littérale du texte du premier amendement de la Constitution américaine. Le premier amendement prévoit que le « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press* ». L'interprétation du juge Black suppose que le congrès des Etats-Unis ne peut pas limiter la liberté d'expression (« *Congress shall make no law* »). Cependant, l'absolutisme du juge Black n'est pas transposable au système français car il n'existe pas de disposition identique au premier amendement. Cependant, la thèse absolutiste du juge Black rayonne au-delà de la doctrine américaine.

112. *Droit positif français.* Certaines décisions de jurisprudence laissent penser à une mise en œuvre de l'exception artistique. Ainsi, par un jugement en date du 25 avril 2002 au sujet du roman *Plateforme* de Michel Houellebecq²⁵², le Tribunal Correctionnel de Carpentras considère que « *pour caractériser l'élément matériel de l'infraction, il convient de démontrer que celui-ci n'est ni un roman, ni une œuvre littéraire, mais bien un écrit spécifiquement pornographique* ». Selon la juridiction, l'infraction pénale en cause n'aurait pas de prise sur

A. TRICOIRE, « Quand la fiction exclut le délit », note sous TGI Paris (17^e ch.), 16 novembre 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel*, *Légipresse* n° 240, avril 2007, p. 79.

²⁵⁰ *Livre blanc. Justice et édition : plaidoyer pour justice adaptée*, Syndicat National de l'Édition, 2003.

²⁵¹ MEIKLEJOHN, « The first amendment is an absolute », *The Supreme Court Review*, vol. 1961 (1961), p. 245.

Voy. aussi L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, *op. cit.*, n° 191 et s.

²⁵² TGI Carpentras, 25 avril 2002, *Plateforme*, *Légipresse* 2002, n° 192, p. 76.

l'œuvre littéraire. Par opposition, seuls les écrits pornographiques seraient incriminés. Une autre application de l'excuse littéraire, cette fois en matière civile, peut être relevée à propos du roman *Pogrom* d'Eric Bénier-Bürckel²⁵³. La 17^{ème} chambre du TGI de Paris décide que « la scène poursuivie à ce titre fait partie intégrante de l'œuvre littéraire, dont elle n'est pas détachable, ce qui confère aux descriptions en cause, une nature autre qu'exclusivement pornographique »²⁵⁴. Les juges opèrent ici également une distinction entre les écrits « pornographiques » et les expressions « littéraires ». La motivation particulièrement sèche de ces décisions indique une volonté d'exonérer les créateurs de toute responsabilité. Au demeurant, les exemples de jurisprudence tendant à admettre l'exception artistique demeurent plutôt rares.

113. Droit canadien. La mise en œuvre la plus aboutie de l'exception artistique se trouve certainement dans le système canadien, par le biais du « *artistic merit defense* », ou « *internal necessities test* ». Le droit canadien a en effet admis l'invocation de la valeur artistique d'une expression comme moyen de défense pénale. L'article 163.8 du Code criminel prohibe la distribution et l'exposition au public des expressions obscènes. Mais, en vertu de cette disposition, le caractère artistique ou littéraire, tout comme le caractère scientifique et pédagogique, constitue un moyen de défense. Selon le système mis en place, « une œuvre obscène peut être "rachetée" si l'obscénité n'en constitue pas le thème principal ou si elle est essentielle à une fin artistique »²⁵⁵. Afin de tracer la frontière entre l'obscénité et l'art, la Cour Suprême du Canada a retenu comme critère la prise en compte du degré de préjudice qui peut résulter de la présentation de l'œuvre²⁵⁶. Le préjudice est ici considéré comme l'incitation par l'œuvre à agir de façon anti-sociale. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas d'un véritable système d'exception artistique puisque la mise en œuvre résulte d'une appréciation du préjudice causé par l'œuvre.

114. Une autre manifestation de l'exception artistique en droit canadien résulte de l'article 163.1, al. 6 ancien du Code criminel. Celui-ci retenait la valeur artistique comme moyen de défense face à l'infraction de possession de pornographie infantile. Mais, une affaire *Sharpe* a

²⁵³ E. BENIER-BÜRCKEL, *Pogrom*, Flammarion, 2005.

²⁵⁴ TGI Paris, 17^o ch., 16 novembre 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel*, *Légipresse précit.*, note A. TRICOIRE.

²⁵⁵ J.-F. GAUDREAU-DES-BIENS, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Liber, Les Presses de l'Université de Laval, 1996, p. 234.

²⁵⁶ *R. c. Tremblay*, 1993, 2 R.C.S 932.

suscité un fort débat médiatique au Canada dans les années 2000²⁵⁷, qui conduira à remettre en cause le principe même d'une défense pénale fondée sur la valeur artistique d'une expression. John Robin Sharpe a été arrêté avec des photographies et des écrits pédopornographiques. Une perquisition à son domicile a révélé la possession de nombreuses photographies de ce genre. L'accusé soutient son droit à posséder de telles photographies et met en avant le caractère artistique des écrits litigieux. Pour la Cour Suprême de Colombie Britannique, la protection de la jeunesse constitue cependant une limite trop large à la liberté d'expression. M. Sharpe n'est pas condamné car ses écrits « *n'incitent pas activement le lecteur à réaliser les actes décrits* »²⁵⁸. Mais, compte tenu de l'importance de la valeur protégée (la lutte contre la pédopornographie), le législateur canadien a été conduit à modifier le régime de l'exception artistique. La notion d'exception artistique a été remplacée par celle de « but légitime ». L'article 163.1 al. 6 actuel du code criminel dispose depuis que « *nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction : a) ont un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts. b) ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans.*

115. *La nature de l'exception artistique.* Enfin, la nature de l'exception artistique s'avère difficilement identifiable. L'exception artistique peut s'analyser, tour à tour, en immunité pénale, fait justificatif, cause de non-culpabilité, ou encore être qualifiée d'excuse absolutoire. En particulier, on peut imaginer que l'exception artistique constitue un fait justificatif. Ceux-ci sont en principe communs à toutes les infractions. Néanmoins, il existe des faits justificatifs qui ne concernent qu'une infraction particulière. Ainsi en est-il de l'*exceptio veritatis* concernant la diffamation. Le fait justificatif est la « définition négative » de l'infraction. L'exception de vérité permet de neutraliser l'infraction car la preuve de celle-ci fait obstacle à la qualification de la diffamation. Le nombre de faits justificatifs n'est pas limitatif en droit français²⁵⁹. Selon M. Mayaud, il suffit que la commission d'une infraction ait des « *retombées bénéfiques pour la société* »²⁶⁰ pour admettre un nouveau fait justificatif. La promotion de la création représente-t-elle un intérêt supérieur justifiant la création d'un fait

²⁵⁷ Pour un aperçu général de l'affaire *Sharpe* : F. SAUVAGEAU, D. SCHNEIDERMAN et D. TARAS, *La Cour suprême du Canada et les médias. À qui le dernier mot ?*, Les Presses de l'Université Laval, 2006, spec. p. 215 et s.

²⁵⁸ *Sharpe*, § 33 : « *Do not actively advocate or counsel the reader to engage in the acts described* ».

²⁵⁹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^e ed., 2010, n° 401.

²⁶⁰ *Ibidem*.

justificatif nouveau ? La reconnaissance d'une « exception artistique » se traduirait alors par la création d'un fait justificatif nouveau.

B – Inconvénients de l'exception artistique

116. *Un manque de nuance du raisonnement.* L'idée que les créateurs puissent bénéficier d'une liberté plus importante est séduisante. La création ne se nourrit-elle d'ailleurs pas de transgression ? Nous sommes convaincu que les créateurs doivent jouir d'un degré élevé de liberté. En revanche, la technique de l'exception artistique semble trop « brute » pour arriver à cette fin. Raisonner à partir de la notion d'exception conduit à apporter une solution à un conflit de droits avant que ne soit envisagés les termes du conflit : plutôt que de se demander si le créateur doit bénéficier d'un degré élevé de liberté, il faut davantage s'interroger sur les *circonstances* de ce surplus de liberté.

117. *Les droits fondamentaux ne sont pas absolus.* De plus, l'exception artistique est incompatible avec la technique des droits fondamentaux. En effet, elle méconnaît le principe de leur relativité. Seuls quelques droits fondamentaux sont absolus : droit à la vie, droit à la dignité, interdiction des traitements inhumains et dégradants. Dès lors, en tant que droit limité, la liberté de création ne paraît pas compatible avec l'exception artistique. Ensuite, elle n'est pas adaptée aux droits fondamentaux dans la mesure où elle suppose une appréciation *in abstracto* du message artistique. En effet, elle suppose de considérer la supériorité de la liberté de création comme une position de principe. Les droits fondamentaux impliquent cependant une appréciation *in concreto* des conflits de droits. Dans certaines circonstances une création peut être jugée obscène et dans d'autres demeurée inoffensive.

118. En somme, le raisonnement à partir des droits fondamentaux s'oppose à la mise en œuvre d'une exception artistique dont le raisonnement manque de finesse. Nous verrons plus tard que le raisonnement à partir des « lois du genre », dans le cadre du principe de proportionnalité, permet d'éviter ces écueils²⁶¹.

II – Le noyau dur de la liberté de création

119. *Le noyau dur d'un droit fondamental.* Le respect du « noyau dur » signifie que le législateur et le juge ne peuvent pas restreindre les droits fondamentaux au-delà d'un certain

²⁶¹ N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom* n° 43, 2009/2, p. 28.

seuil²⁶². Il représente le « cœur » du droit, sa substance ; dont la privation conduit à supprimer toute jouissance du droit. Il faut, dans un premier temps, identifier le noyau dur de la liberté de création (A), puis, dans un second temps, exposer les techniques destinées à assurer sa préservation (B).

A – L'identification du noyau dur

120. *Les hypothèses de limitation de la liberté de création.* À l'instar des autres droits fondamentaux, la liberté de création est relative. La liberté de création est susceptible de limitations législatives ou conventionnelles. Le principe de limitation de la liberté de création ne pose pas de difficulté. En particulier, le principe de limitation conventionnelle est largement retenu par la doctrine²⁶³. De même, la Cour de cassation admet sans difficulté le principe de limitation de la liberté de création, en particulier afin d'obéir aux impératifs d'un contrat de commande²⁶⁴. Afin d'être admise, la limitation contractuelle de la liberté de création doit demeurer proportionnée. Hormis cette hypothèse, le législateur, ou le créateur lui-même, peuvent-ils restreindre la liberté de création d'une manière telle qu'elle soit atteinte dans sa substance ? Pour cela, il faut déterminer ce qu'est la « substance » de la liberté de création.

121. *Les fonctions essentielles de la liberté de création.* La détermination de la *substance* de la liberté de création suppose de faire référence à ses *fonctions essentielles*. Il existe deux fonctions essentielles de la liberté de création : assurer la liberté individuelle du créateur et assurer l'expression de l'intimité du créateur.

122. *Assurer la liberté individuelle du créateur.* La première fonction essentielle de la liberté de création est d'assurer la liberté individuelle du créateur. En effet, la liberté de

²⁶² C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD. Civ.* 2003, p. 599.

²⁶³ FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. p. 55, FRANÇON, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1987, *RTD Com.* 1988, p. 224, P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985, p. 201, S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français, op. cit. op. cit.*, n° 481. B. KHAVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, Préf. M. VIVANT, PUAM, 2008, n° 245, P. GAUDRAT, « Théorie générale du droit moral », *Juris-Classeur Civil Annexes*, fasc. 1210, n° 51 et s., *Voy. contra* P. KAYSER, « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat », *Études offertes André AUDINET*, PUF, 1968, p. 129, spéc. p. 140, pour qui « la liberté de création de l'auteur n'est pas d'une nature telle qu'elle ne puisse être limitée par voie de convention », ou plus nuancé, J. BARTA, « Le droit d'auteur et la créativité de l'employé », *RIDA* 1984, n° 121, p. 141 et s. qui propose la reconnaissance d'un « droit d'exécuter un travail créateur dans un rapport de travail », qui recouvre le droit d'exercer réellement un travail à caractère créateur et le droit d'obtenir les conditions indispensables à l'exécution d'un travail créateur.

²⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1987, « *Etat gabonais c. France 2* », *RIDA* 1987, n° 134, p. 197, *RTD Com* 1988, p. 224, note critique FRANÇON, *D.* 1988, jur. P., 97, note B. EDELMAN, *RIDA* 1989, n° 141, p. 199, comm. E. DERIEUX.

création garantit la liberté d'accomplir un fait juridique : l'acte de création. L'acte de création participe de la liberté individuelle. Créer est une faculté offerte à tous. L'acte de création est à la portée de chacun. Dès lors, la fonction essentielle de la liberté de création est de garantir l'exercice d'une prérogative individuelle. La liberté de création vise ainsi à garantir un acte relevant de la liberté individuelle du créateur. En ce sens, l'acte de création relève de la liberté de faire. L'acte de création constitue en effet une action de l'homme. En tant qu'activité humaine, l'acte de création peut d'ailleurs engendrer une activité commerciale. Par conséquent, d'une certaine manière, la liberté de l'acte de création relève de la liberté du commerce et de l'industrie²⁶⁵.

123. *Assurer l'expression de l'intimité du créateur.* La seconde fonction essentielle de la liberté de création est de permettre *l'expression de l'intimité du créateur*. L'acte de création est, en effet, un mode d'expression permettant de communiquer des idées et des opinions. En ce sens, la liberté de création s'analyse comme une composante de la liberté d'expression. Partant, la suppression de la possibilité de communiquer des informations et des opinions, lorsqu'elle n'est pas consentie, porte atteinte à la substance de la liberté de création. La liberté de création n'est toutefois pas réductible à la liberté d'expression. L'acte de création représente également un moyen d'exprimer la personnalité du créateur : l'acte de création expose l'intimité du créateur. Par conséquent, la fonction essentielle de la liberté de création est de garantir l'expression de l'intimité du créateur.

124. *Le principe de proportionnalité et l'abus de droit.* Avant d'étudier certaines protections particulières du noyau dur de la liberté de création, il faut noter que la *mesure* de l'atteinte au noyau dur suppose la mise en œuvre de mécanismes de contrôle. Il existe deux mécanismes de mesure des atteintes aux droits fondamentaux : l'abus de droit et le principe de proportionnalité²⁶⁶. Ces deux mécanismes mettent en œuvre la notion de noyau dur des droits fondamentaux. Le noyau dur représente le degré de restriction au-delà duquel l'exercice du droit fondamental est supprimé. Par exemple, en matière de liberté d'expression,

²⁶⁵ G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957, p. 100.

²⁶⁶ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit. p. 371 et s. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Acte du colloque organisé le 20 mars 1998, *LPA*, 30 septembre 1998, p. 9. Voy. sur la proportionnalité en droit des contrats la thèse de M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, op. cit., p. 371 et s., J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, op. cit., n° 285, VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *Journal des tribunaux* 1992, p. 305.

l'interdiction de diffuser une création contraire à la dignité auprès des mineurs ne porte pas atteinte au noyau dur car la fonction essentielle de la liberté d'expression est respectée. En revanche, l'interdiction totale de diffuser porte atteinte au noyau dur de la liberté d'expression.

B – Les techniques de préservation du noyau dur

125. D'une manière générale, le mécanisme du contrôle de proportionnalité des restrictions contractuelles et la théorie de l'abus de droit permettent de vérifier que le noyau dur de la liberté de création est préservé. En plus de ces mécanismes généraux, il existe toutefois des règles particulières protectrices du noyau dur de la liberté d'expression. Ces mesures forment un « ordre public » de la liberté de création. Il s'agit tout d'abord du principe de la prohibition des engagements excessifs en matière de droit d'auteur. Bien que sa portée soit réduite au droit d'auteur, il nous semble que ce principe a une vocation plus générale. Il s'agit ensuite du principe de la prohibition des restrictions préalables.

126. *La prohibition des engagements excessifs : la prohibition de la cession globale des œuvres futures.* Une manifestation de l'interdiction des engagements portant atteinte au noyau dur de la liberté de création réside dans le principe de prohibition de la cession globale des œuvres futures prévu par l'article L.131-1 du CPI. Il s'agit d'une limite importante à la liberté contractuelle de l'auteur en ce qu'elle interdit à l'auteur de céder ses « productions futures ». La protection de la liberté créatrice figure parmi les justifications de ce principe avancées par la doctrine²⁶⁷. La fonction de la prohibition de la cession globale des œuvres futures n'a plus pour seul objectif de protéger le créateur, mais de protéger l'ensemble des activités de

²⁶⁷ Trois justifications de cette interdiction sont proposées par la doctrine : 1) D'abord, la protection du droit moral de l'auteur, et plus particulièrement du droit de divulgation, est avancée comme justification de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 662). En effet, l'auteur aliènerait implicitement, mais nécessairement, toute possibilité de disposer librement du droit de divulgation pour l'avenir. L'aliénation du droit de divulgation résulte logiquement de l'autorisation donnée de diffuser les œuvres pour l'avenir. 2) Une seconde justification, fondée sur la protection de la « personne de l'auteur », est avancée par une autre partie de la doctrine (A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 593, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 969). Elle repose sur l'idée que la création est une activité « personnelle » et que l'engagement à céder l'intégralité de ses œuvres est incompatible avec la protection de la personnalité de l'auteur. Céder l'ensemble de ses œuvres équivaldrait à céder une partie de soi-même. 3) Enfin, la protection de la liberté de création (PLAISANT, « Les conventions relatives au droit moral de l'auteur », in *Mélanges Desbois*, Dalloz, 1974, p. 63, spéc. p. 70, FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1975, chron., p. 55, spéc., p. 57, O. YACOUB, « L'aménagement contractuel de la création », *Gaz. Pal.*, 9 décembre 2003, n° 343, p. 9, spéc., n° 18 et s., Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 413.

création²⁶⁸. En effet, l'aliénation des *œuvres* ou de leur *support* aboutit au même résultat, celui d'atteindre la liberté individuelle du créateur et d'assécher la création.

127. La défense de la liberté de création a conduit la jurisprudence à exercer un contrôle des engagements contractuels²⁶⁹. Dépassant la seule prohibition de la cession globale des œuvres futures, la jurisprudence censure les contrats prévoyant des restrictions à la liberté de création illimitée dans le temps²⁷⁰, imposant un rythme excessif²⁷¹ ou supprimant les conditions matérielles nécessaires à la création²⁷². De même, la création salariée suppose que la liberté de création du salarié soit préservée²⁷³. Le contrôle des contrats limitatifs de la liberté de création s'apparente en réalité à un contrôle de *proportionnalité* : les restrictions à la liberté de création sont licites dès lors qu'elles ne constituent pas une atteinte *excessive*. L'excès est constaté lorsque les fonctions essentielles de la liberté de création sont atteintes²⁷⁴. Par conséquent, l'interdiction de cession globale des œuvres futures ne représente qu'une manifestation du principe plus large de la prohibition des engagements excessifs.

128. *La prohibition des restrictions « préalables »*. Le noyau dur de la liberté de création subit une autre atteinte lorsque les autorités publiques exercent un contrôle préventif de la création. Dans le langage courant, les restrictions préalables de la liberté de création correspondent à la « censure »²⁷⁵. Il s'agit en réalité de mesures de police administrative. Le

²⁶⁸ Partant, la règle devrait s'appliquer aux cessions des supports de l'œuvre. Mais la Cour de cassation refuse d'étendre la prohibition de la cession globale des œuvres futures aux cessions portant sur les supports de l'œuvre au motif que la règle ne concerne que les œuvres immatérielles : Cass. 1^{re} civ., 19 janvier 1970, *Bull.* n° 21, *D.* 1970, n° 403 – voy. la critique de P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 235.

²⁶⁹ De même qu'une partie de la doctrine fonde la prohibition de la cession globale des œuvres futures sur le droit moral, des auteurs considèrent que l'interdiction générale des engagements excessifs repose sur la défense du droit moral (P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, op. cit.*, p. 201). Cependant, le droit moral ne peut pas être le fondement puisque, par hypothèse, la création n'est pas réalisée, et par conséquent, le droit moral sur l'œuvre demeure inexistant. Voy. sur ces points : S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français, op. cit.* n° 489.

²⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 janvier 1970, *op. cit.*, CA Paris, 15 novembre 1966 : *RTD Com.* 1967, p. 154, obs. DESBOIS, *RTD Civ.* 1967, p. 189, obs. CORNU : contrat renouvelable par période de 3 mois pendant 10 ans

²⁷¹ CA Paris, 15 novembre 1966, *G.P.* 1967, I, jur., p. 17, note SARRAUTE, *RTD Com.* 1967, p. 155, obs. DESBOIS, cité par P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 205. L'engagement à « n'exercer que la profession d'artiste-peintre » et « à laisser en permanence à la disposition du marchand trente toiles...et quarante gouaches, à remplacer à fur et à mesure des ventes...entravait la liberté créatrice de l'artiste, lequel ne pouvait se soumettre à sa seule inspiration » : CA Aix, 23 février 1965, *D.* 1966, jur. p. 166, obs. SAVATIER, *RIDA* 1966, n° LI, p. 34, *RTD Com.* 1965, p. 849, obs. DESBOIS, CA Paris, 15 novembre 1966, *RTD Com.* 1967, p. 189, note CORNU, CA Paris, 22 mars 1968, *Jacques Brel, RIDA*, oct. 1969, p. 121.

²⁷² Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1982, *D.* 1983 somm., p. 98, obs. C. COLOMBET, CA Versailles, 13^e ch., 18 novembre 1999, *RIDA* 2000, n° 187, p. 407, CA Paris, 6 septembre 2000, *RIDA* avril 2001, p. 361

²⁷³ F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD. Com.* 2000, p. 273.

²⁷⁴ F. POLLAUD-DULIAN propose que l'appréciation soit réalisée par référence au « bon père de famille de la création » (F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 31).

²⁷⁵ P. MBONGO, « La banalisation du concept de "censure" », *Pouvoirs*, sept. 2009, p. 17.

contrôle préventif porte atteinte au noyau dur de la liberté de création car il ne permet pas l'expression du pluralisme culturel et supprime la liberté individuelle du créateur. Le pluralisme des opinions ne peut prospérer que par la mise en place d'un régime répressif²⁷⁶. De même, le régime préventif porte une atteinte substantielle à la liberté individuelle du créateur car son exercice est subordonné à une décision administrative. D'ailleurs, l'article 11 de la Charte DFUE prévoit qu'il ne peut « *y avoir ingérence d'autorités publiques* » dans l'exercice de la liberté d'expression. Ce texte prohibe donc toute mesure relevant d'un régime de contrôle préventif.

129. Les hypothèses de contrôles préventifs tendent aujourd'hui à disparaître. Le déclin des restrictions préalables résulte principalement de l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH²⁷⁷. Pourtant, des parcelles de régime préventif persistent en droit positif. En particulier, le régime des tournages de cinéma est encore fortement dominé par les restrictions préalables²⁷⁸. Par exemple, le tournage d'un film nécessite l'autorisation du CNC. Dans le même sens, l'exploitation d'une salle de cinéma suppose la délivrance d'une autorisation préalable (article L.111-3-6° du CCIA). La persistance du contrôle préventif est d'ailleurs confortée par la jurisprudence de la Cour EDH qui refuse de le prohiber totalement²⁷⁹.

²⁷⁶ J.-J. ISRAËL, « Le juge administratif et les moyens de la liberté d'expression », *RFDA* 2003, p. 1083.

²⁷⁷ Cour. eur. dr. h., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, Req. 39/28898, § 56.

²⁷⁸ S. DUPUY-BUSSON, « La classification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse* n° 279, janv. 2011, p. 18, spéc. p. 22.

²⁷⁹ Cour. eur. dr. h., 26 novembre 1991, *Observer & Guardian c. R.-U.*, Req. n° 13585/88, § 60.

Chapitre 2 – L’effectivité de la liberté de créer

130. *Les moyens de l’effectivité.* La liberté de création est consacrée par les droits fondamentaux à travers la liberté d’expression et la liberté du commerce et de l’industrie. Cependant, la proclamation de la liberté de création ne suffit pas à l’ériger en véritable droit fondamental. En plus de sa reconnaissance textuelle, la liberté de création doit être effective pour constituer un véritable droit fondamental. Partant, il est nécessaire de déterminer les moyens de l’effectivité de la liberté de création. Pour cela, il convient de distinguer deux problématiques. Dans un premier temps, l’effectivité de la liberté de création exige que le créateur ait les moyens matériels et financiers de créer. Ainsi, l’effectivité de la liberté de création suppose une garantie des conditions matérielles et financières de l’acte de création. Il s’agit de l’effectivité substantielle de la liberté de création (**Section 1**). Dans un second temps, l’effectivité de la liberté de création suppose que le créateur puisse se défendre contre des restrictions illicites. L’effectivité de la liberté de création exige ainsi la mise en place de garanties juridictionnelles. Il s’agit de l’effectivité procédurale (**Section 2**).

Section 1 – L’effectivité substantielle

131. *Les droits subjectifs, les obligations positives et la limitation de la liberté contractuelle.* En plus de l’interventionnisme économique et fiscal, les droits fondamentaux proposent deux techniques de promotion de la liberté de création. La première réside dans la mise en œuvre de droits subjectifs au profit du créateur (§1). La seconde consiste à mettre à la charge des Etats des « obligations positives » (§2). Enfin, la liberté de créer est garantie grâce à la limitation de la liberté contractuelle du créateur (§3).

§ 1 – La technique des droits subjectifs

132. *Le droit de divulgation et le droit à la culture.* Le premier droit subjectif poursuivant l’objectif d’effectivité de la liberté de création est le droit de maîtriser la divulgation de la création. L’origine de ce droit n’est pas à rechercher dans les droits fondamentaux mais dans le CPI. Pourtant, envisagé en tant que moyen de garantir la liberté de création, le droit de divulgation de la création trouve une nouvelle fonction (I). Ensuite, le droit à la culture a longtemps été considéré comme un moyen de garantir l’effectivité de la création. Toutefois, la consistance même de ce droit prête à discussion (II).

I – Le droit de divulgation

133. *Un droit attaché à l'œuvre de l'esprit.* Le droit de divulgation est une prérogative du droit moral de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. D'origine jurisprudentielle²⁸⁰, le droit de divulgation est prévu par l'article L.121-2 du CPI : « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L.132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ». Il permet à l'auteur d'une œuvre de l'esprit de choisir le moment de la divulgation de son œuvre. En pratique, l'exercice du droit de divulgation peut heurter les droits d'un éventuel commanditaire. D'autant plus que le droit de divulgation est un droit particulièrement vigoureux, la Cour de cassation le considérant comme droit discrétionnaire²⁸¹. De prime abord, le droit de divulgation semble ainsi concerner davantage le résultat de la création plutôt que l'acte de création. Il semble donc représenter une garantie du droit de propriété plutôt que de la liberté de création.

134. *Un droit attaché à la personne du créateur.* Mais, en réalité, le droit de divulgation est un droit de la personnalité. L'objectif de ce droit est de protéger la personne du créateur : celui-ci est libre de déterminer le moment et les moyens de la divulgation de son œuvre. Il dispose d'un droit subjectif lui permettant de s'opposer à une divulgation non consentie. Il s'agit alors d'un mécanisme de garantie de la personne de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. Ainsi, le droit de divulgation vise à protéger la *liberté de divulguer* de l'auteur. Il apparaît donc comme une garantie de la liberté de créer.

135. *Une garantie de la liberté de création.* Le droit de divulgation représente une garantie de la liberté de créer²⁸². En réalité, l'acte intime garanti par ce droit de la personnalité est l'acte de création lui-même. Cette analyse du droit de divulgation s'adapte parfaitement au processus créatif : le créateur doit être en mesure de débiter le processus créatif ainsi que de choisir l'achèvement de l'acte de création. La première étape (choix de débiter le processus créatif) relève de la liberté personnelle. En revanche, comment garantir la liberté d'achever le processus créatif ? Le droit de divulgation représente cette garantie. En particulier, trois manifestations du droit de divulgation vont dans ce sens.

²⁸⁰ Cass. 14 mars 1900, *Whistler*, DP 1900, 1, p. 497, rapp. RAU.

²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2006, *RTD. Com* 2007, p. 536, obs. F. POLLAU-DULIAN.

²⁸² Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, n° 164 et n° 578 et s. L'auteur analyse le droit de divulgation en lien étroit à « l'acte créatif », en tant que garantie d'une notion qui semble plus large que le simple droit de propriété : le « pacte culturel ». Voy. de façon implicite : F. POLLAU-DULIAN, « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993, p. 97.

136. *La notion de divulgation : l'achèvement de l'acte créatif.* La première manifestation de la fonction de garantie de l'acte de création se trouve dans la notion de divulgation elle-même. La divulgation est l'acte qui fait passer la création de « la sphère intime à la cité »²⁸³. Dès lors, il apparaît comme une manifestation d'un droit plus large, le droit de publication²⁸⁴. Or, ce dernier est une garantie de la liberté de créer. L'exercice du droit de divulgation/publication permet au créateur de défendre son droit de décider l'achèvement de l'acte créatif.

137. *Rapport au droit de propriété.* En réalité, le droit de divulgation ne vise pas la protection du résultat de la création. En effet, l'article L.111-2 du CPI prévoit que « *l'œuvre est créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». La naissance du droit de propriété est ainsi déconnectée du moment de la divulgation. Par conséquent, le droit de divulgation s'applique même sur une création qui est hors commerce²⁸⁵. Dans le même sens, l'article L.121-2 al. 3 CPI prévoit que « *ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation déterminé à l'article L.123-1* » du CPI. Dès lors, il faut convenir que si le droit de divulgation ne protège pas le résultat de la création, mais protège, *en creux*, l'acte de création.

138. *L'épuisement du droit.* Enfin, le droit de divulgation est sujet à épuisement²⁸⁶. Cela signifie qu'une fois divulguée, la création ne peut pas « retourner » dans le giron personnel du créateur. L'épuisement du droit de divulgation est cohérent avec la nature de l'acte de création : une fois porté à la connaissance du public, l'acte de création est entré dans la sphère publique. Puisque l'acte de création est unique, sa divulgation ne peut être réalisée qu'une seule fois. La même idée entoure la divulgation en matière de brevet : elle détruit la nouveauté de la création. La destruction de la nouveauté procède de la connaissance par le public de l'acte de création, qui ne nécessite dès lors plus de protection par le droit de propriété.

²⁸³ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 113.

²⁸⁴ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 456.

²⁸⁵ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique », *Rep. Dr. civil, op. cit.*, n° 583.

²⁸⁶ La détermination de l'étendue de l'épuisement est un sujet de controverse. Pour certains auteurs, l'épuisement est un acte unique (A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 461). Pour d'autres, l'épuisement est limité aux modes de divulgation prévus par l'auteur (DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 389, O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales*, LGDJ, 1983, p. 84).

139. *Pour un élargissement du droit de divulgation à toutes les créations : le droit de publication.* En définitive, le droit de divulgation peut être analysé comme un moyen de défense de l'acte de création. Il confère au créateur le droit de déterminer le moment où prend fin l'acte de création. Toutefois, en droit positif, le domaine de ce droit est restreint au droit d'auteur. Mais il semble qu'en tant que garantie de la liberté de créer, le droit de divulgation devrait bénéficier à tous les créateurs. Ce droit pourrait se dénommer « droit de publication », en référence à « l'ancêtre » du droit de divulgation.

II – Le droit à la culture

140. *Les droits-créances.* La technique des « droits-créances » vise à permettre l'effectivité des droits fondamentaux. La réalisation des droits-créances, « droits de statut positif »²⁸⁷, suppose une action positive de la part de l'État²⁸⁸. Corrélativement, les bénéficiaires des droits-créances disposent de la faculté d'en demander l'exécution à un organe juridictionnel. Ils sont reconnus par le Conseil constitutionnel à travers le *Préambule de la Constitution de 1946*. Ce texte constitue le « texte-symbole de l'affirmation des droits-créances »²⁸⁹. Le Conseil constitutionnel en a reconnu plusieurs à partir de ce texte : le droit au repos et à la protection de la santé²⁹⁰, le droit à la protection sociale²⁹¹, le droit à l'égal accès à l'instruction et à la formation professionnelle et à la culture²⁹², le droit à la solidarité nationale²⁹³ et le droit à l'emploi²⁹⁴.

141. *Un droit-créance.* Le droit à la culture est reconnu par de nombreuses sources constitutionnelles et internationales. Ainsi, l'alinéa 13 du *Préambule de la Constitution de 1946*, siège des droits-créances, prévoit que « *la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de*

²⁸⁷ FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 324.

²⁸⁸ La distinction entre les notions de « droits-créance » et de « droits subjectifs » est souvent débattue. Pour DUGUIT, les droits-créances ne sont pas des droits subjectifs, mais des contreparties des devoirs sociaux de l'Etat (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e ed., 1923, t. 3., p. 564). Voy., *contra*, la thèse de M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, Economica, préf. M. GOBERT, 2006, p. 240 selon qui les « droits à » constituent une sous-catégorie de droits subjectifs en réfutant le fait que les « droits à » ne seraient des droits subjectifs en raison de leur contenu imprécis.

²⁸⁹ F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 » in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 169 et s.

²⁹⁰ Cons. const., 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 9 et 10.

²⁹¹ Cons. const., 86-225 DC, 23 janvier 1987, cons. 14, 16 et 17.

²⁹² Cons. const., 2001-450 DC, 11 juillet 2001, cons. 31 à 33.

²⁹³ Cons. const., 87-237 DC, 30 décembre 1987, cons. 5 et 6.

²⁹⁴ Cons. const., 85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 4.

l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État »²⁹⁵. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel reconnaît que l'alinéa 13 du Préambule de 1946 est un droit-créance. Ainsi, il affirme qu'« *aux termes du treizième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : « L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État » (souligné par nous)* »²⁹⁶. Le droit à la culture fait partie des *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*. Il n'est cependant pas reconnu en lui-même²⁹⁷. Il est en effet adossé au droit à l'enseignement car le Constituant de 1946 entendait le droit à l'éducation et le droit à la culture comme deux droits poursuivant l'éducation de citoyens²⁹⁸. Le droit à la culture serait alors un *droit-créance* par ce biais, bien qu'il ne soit pas souvent mis en œuvre.

142. *Le rapprochement avec la propriété intellectuelle.* La jurisprudence constitutionnelle opère un rapprochement entre le droit à la culture et les droits de propriété intellectuelle. Ces derniers exercent en effet une forte attraction sur le droit à la culture. Ainsi, les trois décisions du Conseil constitutionnel relatives à la propriété intellectuelle font référence aux droits culturels²⁹⁹. Par exemple, la décision du 29 juillet 2004, le Conseil constitutionnel énonce ainsi que « *la lutte contre les pratiques de contrefaçon sur Internet répond à l'objectif de*

²⁹⁵ Voy. également le projet de Constitution du 19 avril 1946, rejeté le 5 mai 1946. En des termes proches de ceux du Préambule de la Constitution de 1946, et selon une architecture proche, celui-ci dispose que « *la culture la plus large doit être offerte à tous sans autre limitation que les aptitudes de chacun. Tout enfant a droit à l'instruction et à l'éducation dans le respect de la liberté* ».

²⁹⁶ Cons. const., 93-329 DC, 13 janvier 1994, cons. 26.

²⁹⁷ Le droit à la culture est peu étudié en comparaison au droit à l'éducation. Voy. notamment *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1996, Y. GAUDEMET (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon-Assas, 2009, Voy. cependant, J.-P. COSTA, « Droit à l'instruction, à la formation, à la culture », in G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 313.

²⁹⁸ RIVERO et VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, p. 13, spéc. § 48. Par ailleurs, le projet de *Déclaration des droits sociaux* de Gurvitch de 1946, ayant inspiré la rédaction du Préambule de la Constitution de 1946, traite également conjointement le droit à la culture et le droit à l'éducation. L'article LIV du projet dispose que : « *Tout être humain a un droit social à la culture intellectuelle, moral, artistique et technique, selon les facultés de chacun. En conséquence il est garanti à chaque homme le droit à l'éducation gratuite à tous les degrés de l'enseignement primaire, secondaire et supérieur, qu'il s'agisse d'éducation générale, professionnelle, technique ou artistique* ». Comme pour le Préambule de la Constitution de 1946, la rédaction du projet indique que le droit à la culture est envisagé principalement comme un droit garanti à travers le droit à l'enseignement. De plus, le commentaire de la Déclaration fait par Gurvitch ne développe pas les droits culturels, signe que, pour l'auteur, ils ont vocation à demeurer programmatiques (GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, préf. C.-M. HERRERA, Dalloz, ed. originale 1946, rééd., 2009, p. 171).

²⁹⁹ Cons. const., 2004-499 DC, 29 juillet 2004, cons. 9 et 13, Cons. const., 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 29, Cons. const., 2009-580 DC, du 10 juin 2009, cons. 27.

sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle » (souligné par nous)³⁰⁰.

La décision du 27 juillet 2006 prévoit la sauvegarde de « *l'économie de la création et [...] l'harmonisation des échanges de biens et services culturels dans l'Union européenne* »³⁰¹ (souligné par nous). Ce rapprochement nous semble toutefois peu opportun. La création n'est pas seulement « culturelle ». De plus, la protection des activités créatives doivent être distinguées de celle des résultats de la création.

143. *Le droit international.* Au plan international, le « *droit de participer aux activités culturelles* » est reconnu par l'article 27 de la DUDH. Ce texte dispose que « *1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. 2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». La DUDH reconnaît en ce sens l'importance des manifestations culturelles pour toutes sociétés humaines³⁰². Toutefois, à l'instar du Conseil constitutionnel, la DUDH associe les droits culturels à la protection des droits de propriété intellectuelle de l'auteur³⁰³. En effet, le paragraphe 2 ajoute que les « *intérêts matériels et moraux des auteurs* » sont protégés. Or, nous rappelons ici que l'assimilation de l'acte de création et du résultat de la création prête à confusion.

144. *Le droit de participer aux activités culturelles.* Suivant la distinction généralement suivie par la doctrine, les droits culturels revêtent deux significations : sous un angle passif, le droit à la culture désigne le droit *d'accéder* à la culture. Sous un angle positif cette fois, il vise le droit de *participer* aux activités culturelles. Ainsi, le droit de participer aux activités culturelles pourrait représenter un moyen de garantir l'effectivité de la création. Mais la démonstration ne convainc pas. En tant que droit-créance, le droit à la culture devrait permettre aux créateurs de réclamer l'effectivité de leurs droits. Cependant, il est difficilement concevable qu'il puisse offrir des moyens de garantir les droits du créateur. En effet, il est beaucoup trop large et imprécis pour garantir l'effectivité de la création. En outre, la création

³⁰⁰ Cons. const., 2004-499 DC, 29 juillet 2004, cons. 9 et 13.

³⁰¹ Cons. const., 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 29.

³⁰² R. WARNER, « La liberté de la création littéraire et artistique », in *Les droits de l'esprit. Six études sur les aspects culturels de la Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Editions Sciences et Lettres, Dalloz-Sirey, 1950, p. 227.

³⁰³ G. BEGUIN, « La Déclaration universelle des droits de l'homme (du 10 décembre 1948) et la protection de la propriété intellectuelle », *Le droit d'auteur* 1963, p. 320, J. CORREA, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et les droits moraux et patrimoniaux dans l'audiovisuel », *Bulletin du droit d'auteur*, XXXII, n° 3, UNESCO, 1998.

n'est pas réductible à la culture. Le champ du droit à la culture ne permet pas de saisir le droit de la création.

145. *Un droit imprécis.* De plus, le droit à la culture est un droit imprécis. L'imprécision résulte d'une part de l'absence de définition du domaine « culturel » et, d'autre part, de la faible normativité des textes qui le consacrent. La notion de culture recouvre de multiples significations³⁰⁴. La variété d'acceptions contribue à rendre ce droit-créance peu audible. La doctrine relève généralement deux acceptions du terme culture³⁰⁵ : une conception « artistique » et une conception « anthropologique ». Dans le premier sens, la culture désigne « l'ensemble des hautes réalisations intellectuelles et artistiques d'un groupe »³⁰⁶. En ce sens, sont considérées comme culturelles toutes les manifestations artistiques, indifféremment du support utilisé (danse, peinture, musique, littérature, cinéma, théâtre, etc...), du moment qu'elles sont reconnues comme telles par la société ou les institutions³⁰⁷. Cette acception n'en demeure pas moins hétérogène si l'on considère qu'elle englobe dans la même notion l'ensemble du patrimoine matériel accumulé par l'humanité³⁰⁸, les créations intellectuelles strictement « artistiques » et les créations scientifiques³⁰⁹. Dans un second sens, le terme fait référence à une conception anthropologique de la culture. Elle désigne ici l'ensemble des modes de vie d'une société. La culture au sens anthropologique est aujourd'hui invoquée par les défenseurs des peuples autochtones et des modes de vie traditionnels. La notion de diversité culturelle rejoint partiellement cette acception³¹⁰.

146. *L'étendue des droits culturels.* Dans cette perspective, sont intégrés parmi les droits culturels les objectifs de protection du patrimoine, de conservation des biens culturels, de

³⁰⁴ Certains spécialistes refusent cependant une définition spéciale de la notion de culture : E. GHAZALI, *Contribution à l'étude des accords culturels. Vers un droit international de la culture*, thèse Paris I, 1977, p. 11 : « A notre avis (...) seule la définition large de la culture, incluant l'éducation et la science en tant que faits culturels, devrait être adoptée ».

³⁰⁵ H. NIEC (Dir.), *Pour ou contre les droits culturels ?*, Editions UNESCO, 2000 pour la version française.

³⁰⁶ P. LYNDEL, « S'entendre sur les droits culturels » in H. NIEC (Dir.), *Pour ou contre les droits culturels ?*, Editions UNESCO, 2000 pour la version française, p. 265.

³⁰⁷ Voy. R. MOULIN, *L'artiste, l'institution et le marché*, Flammarion, 1992.

³⁰⁸ R. STAVENHAGEN, « Les droits culturels : le point de vue des sciences sociales » in H. NIEC (Dir.), *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁹ R. STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 23.

³¹⁰ Voy. sur cet aspect Voy. notamment S. MAKOROKA, « Les pays en développement et le projet d'accord international sur la protection de la diversité des expressions culturelles », in P. LEMIEUX (Dir.), *La diversité culturelle. Protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques*, Journée scientifique du 26 janvier 2005, Paris, Presse Universitaire de Laval, 2006. La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles est entrée en vigueur le 18 mars 2007 suite au dépôt du trentième instrument de ratification.

promotion de langues régionales, de protection de minorités religieuses³¹¹, de recherche archéologique, etc. En particulier, le projet de Déclaration des droits culturels, élaboré par le « groupe de Fribourg »³¹² offre une définition du terme culture. Il « recouvre les valeurs, les croyances, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime les significations qu'il donne à son existence et à son développement »³¹³. Un auteur considère que les biens culturels représentent l'ensemble des œuvres d'art (dont la définition demeure difficile) et des objets « qui sont porteurs de sens et qui risquent de disparaître »³¹⁴. On le voit, les difficultés rencontrées lors des tentatives de définition de l'objet des droits culturels conduisent à rendre délicat la mise en œuvre de ces droits³¹⁵.

147. *L'insuffisante normativité du droit à la culture.* La seconde cause de la faiblesse des droits culturels réside dans le manque d'effectivité de ces textes. Le Préambule de la Constitution de 1946, la DUDH et la Charte DFUE sont peu effectifs. Le Conseil d'État considère que le Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas directement applicable en droit français car il « ne s'impose au pouvoir réglementaire (...) que dans les conditions définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français »³¹⁶. L'effectivité des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 supposerait donc une traduction législative³¹⁷. Pourtant, le Conseil constitutionnel a déjà, par le passé, fait référence au Préambule de la Constitution de 1946 pour fonder le principe de valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité humaine³¹⁸. Le juge administratif a également déjà fait application de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946³¹⁹. Commentant ce texte, M. Costa constate que la seconde phrase a une « valeur de droit positif », tandis que la première, dont fait partie le droit à la culture,

³¹¹ Le droit des minorités ethniques ou religieuses est également mentionné à l'article 27 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

³¹² Le « groupe de Fribourg », sous l'impulsion de P. MEYER-BISCH, mène une réflexion sur les droits culturels devant l'ONU et l'UNESCO depuis 1991 (Voy. notamment le colloque « Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme ») et a adopté la Déclaration sur les droits culturels le 7 mai 2007.

³¹³ Groupe interdisciplinaire travaillant en liaison avec l'UNESCO et le Conseil de l'Europe. P. MEYER-BISCH (Dir.), *Les droits culturels. Projet de déclaration*, Editions UNESCO, Editions Universitaires.

³¹⁴ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, avant-propos de J. MORAND-DEVILLIER, préf. J.-M. PONTIER, LGDJ, 1996, p. 333.

³¹⁵ P. LAGARDE, « Rapport général », in *La protection des biens culturels (journées polonaises). Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XL*, Economica, 1989, p. 93.

³¹⁶ CE, 28 décembre 2005, *Préfet de Haute-Savoie*, Req. 274204.

³¹⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », in Y. GAUDEMET (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon-Assas, 2008, p. 29.

³¹⁸ Cons. const., 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Décision bioéthique*.

³¹⁹ CE, 11 février 2005, *M. A*, inédit au *Lebon*, cité A. ROBLOT-TROIZIER, « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », *op. cit.*

n'exprime que des « vœux de caractère général »³²⁰. De même, M. Riou note que la rédaction du Préambule ne constitue pas, *stricto sensu*, un droit à la culture, mais que « cette formulation y ressemble beaucoup »³²¹.

148. Ensuite, la DUDH souffre également d'un défaut d'applicabilité, bien que la jurisprudence française y fasse parfois référence³²² et que des auteurs considèrent que cette disposition s'analyse en une norme coutumière³²³. Afin de pallier ce défaut d'effectivité, le PIDESC a été d'ailleurs adopté en 1966³²⁴. La DUDH conserve en elle-même une force symbolique et persuasive. Elle a engendré l'adoption de normes protectrices du droit d'auteur (la Suisse, le Mexique et la France ont adopté des lois relatives au droit d'auteur en réaction à la DUDH) ainsi que l'adoption de la Convention universelle sur le droit d'auteur de Genève du 6 septembre 1952.

149. *Mise en œuvre des droits culturels.* Malgré la faible effectivité des droits culturels, il faut noter quelques manifestations de leur mise en œuvre. Sa première manifestation est décelable à travers le « droit à l'information et à la culture ». Ce droit vise à garantir l'accès du public aux informations et aux œuvres protégées par le droit d'auteur. La première affaire d'importance concerne la représentation des quelques toiles du peintre Vuillard, exposées au théâtre des Champs-Élysées lors d'un reportage diffusé sur Antenne 2³²⁵. Dans le même sens, l'affaire *Utrillo* a opposé les ayants-droit du célèbre peintre à France 2 suite à la diffusion de certaines œuvres afin de présenter une exposition au Musée de Lodève. Par un arrêt de principe, la Cour de cassation a sanctionné la chaîne de télévision en visant le « *droit du public à l'information et à la culture* »³²⁶. Cependant, Marie Cornu et Nathalie Mallet-Poujol

³²⁰ J.-P. COSTA, « Droit à l'instruction, à la formation, à la culture », *op. cit.*, p. 313, spéc. p. 322 : « il est malaisé de dégager de la première phrase du treizième alinéa des règles de droits, encore plus de trouver des sanctions juridiques aux méconnaissances qui en seraient faites ».

³²¹ A. RIOU, *Le Droit de la culture et le droit à la culture*, ESF, 2^e éd., 1996, p. 30.

³²² Deux décisions font référence à l'article 27 § 2 de la DUDH: CA Paris, 29 avril 1959, *Le Kid*, D. 1959, p. 502, note G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *JDI* 1960, p. 128, note B. GOLDMAN, et TGI Paris, 23 novembre 1988, *Hudson*, *JDI* 1989, p. 1005, note B. EDELMAN, D. 1990, somm. p. 52, note C. COLOMBET.

³²³ D. BECOURT, « La révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme », *RIDA* 1990, n° 1, p. 283. Voy. aussi, dans une certaine mesure, A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 97, pour qui la DUDH est une « norme de référence ».

³²⁴ Pour un aperçu historique du texte, Voy. A. CHAPMAN, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligations découlant de l'article 15 (1)(c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XXXV n° 3, juillet-septembre 2001, Édition UNESCO, M. GREEN, *Historique de la rédaction du paragraphe 1 c) de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, ONU, E/C.12/2000/15, 9 octobre 2000.

³²⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *Bull.* 1995, n° 296 p. 207.

³²⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *Comm. com. Electr.* 2004, comm. 2, Ch. CARON, *JCP G* 2004, II, 10080, note C. GEIGER, D. 2004, jur. p. 200, note N. BOUCHE, *Prop. Intell.* 2004, n° 10, p.549, note A. LUCAS, *Légipresse* 2004, n° 209, III, p. 23, note V. VARET. L'article L 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle

relèvent le caractère « incantatoire » du droit à la culture³²⁷, qui masque le plus souvent les intérêts financiers du consommateur. Relevons aussi que la reconnaissance d'un droit du public à l'information, s'il concerne le secteur culturel, ne s'y limite pas. Ainsi, le droit du public à l'information vise toutes les formes d'informations.

§ 2 – La technique des obligations positives

150. *La notion d'obligation positive.* L'exigence d'effectivité des droits fondamentaux implique des actions positives de la part des Etats³²⁸. En particulier, l'exigence d'effectivité est à la base de la technique dite des « obligations positives » développée par la Cour EDH³²⁹. Ainsi, selon la Cour de Strasbourg, les Etats doivent « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »³³⁰ grâce à des « mesures positives »³³¹. Ces « mesures positives » doivent alors permettre aux titulaires de jouir de manière effective de leurs droits et libertés³³². La liberté de création étant un droit fondamental, l'Etat est donc tenu d'en assurer l'effectivité, fut-ce par le biais de la technique des obligations positives.

151. *La réalisation de l'effectivité.* Concrètement, les Etats sont débiteurs d'une obligation d'assurer l'effectivité de la liberté de création. Pour cela, il existe en droit positif deux mécanismes permettant d'y parvenir. En premier lieu, certaines aides mises en place par l'Etat, les collectivités territoriales ou l'Union européenne ont pour objectif d'assurer l'effectivité de la liberté de création (I). En second lieu, le mécanisme du droit au pluralisme vise notamment à garantir aux créateurs l'accès aux infrastructures de diffusion des créations (II). Enfin, à côté de ces mécanismes, il existe certains moyens d'accroître l'effectivité de la liberté de création (III).

intègre désormais le droit à l'information du public.

³²⁷ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, « Le droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture », in *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2006, p. 129.

³²⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruylant, 1996, p. 161 et s.

³²⁹ F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme » : *Rev. trim. dr. h.* 1995, p. 363 et s., M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour EDH », *LPA* 22 décembre 2010, n° 254, p. 9. La théorie des « obligations positives » se rapproche de la théorie allemande de la *Drittwirkung* (F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.* 1995, p. 363). Par ailleurs, une des premières conceptualisations des droits-créance en France est due à Gurvitch en 1946 grâce à un projet de Déclaration des droits sociaux, qui influença la rédaction de la Constitution de 1948 (GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, préf. C.-M. HERRERA, Dalloz, ed. originale 1946, réed., 2009).

³³⁰ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, Req. n° 16798/90, § 51.

³³¹ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, Req. n° 6289/73 § 24 et § 25.

³³² Par exemple : la liberté syndicale (Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. R.-U.*, Req. n° 7601/76; 7806/77), liberté d'expression (Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, Req. n° 39293/98), droit à la vie privée (Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c. Pays-Bas*), le droit de propriété (Cour EDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, Req. n° 48939/99).

I – Les aides publiques

152. Les aides publiques accordées par l'Etat peuvent être analysées comme des manifestations des obligations positives des Etats. Les secteurs économiques de la création sont en effet souvent fragiles. Le secteur de la création musicale, par exemple, est qualifié par les économistes « d'oligopole à frange »³³³. Cette expression signifie que ce marché est composé par quelques grandes entreprises d'une part (un « oligopole ») et par un grand nombre de petites entreprises autour d'autre part (elles sont à la « frange » de l'oligopole). L'équilibre de ce secteur est donc plutôt instable. Les entreprises à la frange sont particulièrement vulnérables. La fragilité de ce secteur est en outre accrue sous l'effet du téléchargement illicite. L'Etat prévoit donc, par exemple, des programmes de soutien « aux ensembles de musique professionnels porteurs de création et d'innovation »³³⁴. Mais la nature de ces aides demeure toutefois assez imprécise.

153. *L'aide « à la création » ou « aux créations » ?* Il existe de nombreux mécanismes d'aides publiques destinés au soutien des secteurs de la création culturelle ou scientifique : les aides au spectacle vivant, le système de l'intermittence, les politiques d'action culturelle (à travers les FNAC ou les FRAC), les systèmes de crédit d'impôts recherche ou de production, le prix unique du livre, etc. Il n'est pas ici question de les recenser tous. Ils ont en commun de traduire une politique volontariste. Une question traverse l'ensemble des systèmes d'aides publiques. Il s'agit de déterminer *l'objet* des aides étatiques : visent-elles à promouvoir la « création » ou bien certaines créations particulières ? La réponse à cette question permet de dégager deux intérêts différents : l'intérêt de l'ensemble des créateurs et l'intérêt particulier de chaque créateur. En particulier, une difficulté apparaît lorsque les aides visent une création en particulier : comment s'assurer que le choix du créateur aidé soit réalisé sans discrimination ? Quels en sont les critères ? En outre, la distinction de ces deux sujets de droit peut notamment avoir des conséquences sur le terrain de l'intérêt à agir³³⁵.

154. *L'exemple des irrépartissables.* Le mécanisme d'aides octroyées par les Sociétés de gestion collective illustre le fait que les aides peuvent viser tant la création que les créateurs. En effet, l'article L.321-9 du CPI dispose que les « sociétés utilisent à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes » les

³³³ F. BENHAMOU, *L'économie de la culture*, La Découverte, 7^e ed., 2011, p. 47 et s.

³³⁴ Arrêté du 13 décembre 2005 relatif à la procédure d'aide « aux ensembles de musique professionnels porteurs de création et d'innovation ».

³³⁵ Cette distinction se manifeste également s'agissant de l'intérêt à agir en matière juridictionnelle (cf. *infra* n° 572 et s.).

sommes irrépartissables³³⁶. Un décret d'application (codifié à l'article R.321-9 du CPI) précise que « *l'aide à la création mentionnée à l'article L. 321-9 s'entend : a) d'une part, des concours apportés à la création d'une œuvre, à son interprétation, à la première fixation d'une œuvre ou d'une interprétation sur phonogramme ou vidéogramme ; b) d'autre part, des actions propres à assurer la défense et la promotion de la création. L'aide à la formation d'artistes mentionnée au même article s'entend de la formation d'auteurs et de la formation d'artistes-interprètes* » (souligné par nous). La définition de la notion création n'étant pas précisée, une association a contesté le décret d'application devant le Conseil d'Etat. Celui-ci a considéré que cette aide permet « *d'apporter des financements à des créations artistiques déterminées mais également d'engager des actions dans l'intérêt collectif des créateurs* »³³⁷. Partant, l'objet des aides porte à la fois sur la création dans son ensemble ainsi que sur des créations en particulier.

155. *Les considérations économiques et l'intérêt commun.* Les buts poursuivis par le versement d'aides publiques en matière culturelle et scientifique sont divers. Il est parfois difficile d'identifier avec précision ces objectifs. En particulier, trois buts sont visés par les systèmes d'aides publiques. Le premier objectif est nature économique. En effet, la structuration de ces secteurs implique bien souvent un important interventionnisme public³³⁸. Par exemple, la concurrence de la grande distribution dans le marché du livre, et donc la possibilité de réduire les prix, a conduit à mettre en place le régime du prix unique du livre³³⁹. Dans le même sens, les mécanismes de crédit d'impôts au profit de la production musicale visent à amortir l'effet de la chute des ventes de disques³⁴⁰. Ainsi, les réalités économiques des secteurs de la création justifient certaines entorses au principe de la liberté de la concurrence. La seconde justification est avancée repose sur la promotion de « l'intérêt commun ». Ainsi, l'article 107, § 3 point d) TFUE considère comme compatibles avec le marché intérieur « *les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». Mais la notion « d'intérêt commun »

³³⁶ Les sommes irrépartissables sont les sommes que les sociétés de gestion collective ne sont pas parvenues à répartir aux ayants-droit en raison de problèmes juridiques (par exemple l'Etat d'origine du créateur ne prévoit pas de gestion collective) ou de problèmes de fait (par exemple l'origine de l'œuvre a été mal renseignée).

³³⁷ CE, 31 mars 2003, « *Association protection des ayants-droit et société GRACE* », RFDA 2003, p. 1006, concl. Ch. MAUGÛE.

³³⁸ F. BENHAMOU, *L'économie de la culture*, op. cit.

³³⁹ Les dispositions françaises relatives au prix unique du livre ont été validées par la Cour de Justice au regard de la liberté de concurrence : CJUE, 10 janvier 1985, *Leclerc et Thouars Distribution*, aff. C-229/83, CJUE, 3 octobre 2000, C-9/99, *Échirolles Distribution SA*.

³⁴⁰ Il s'agit d'un système prévu par l'article 220 octies du Code général des impôts.

est difficile à définir. En réalité, la notion « d'intérêt commun » est définie par référence à d'autres objectifs. Par exemple, selon le Conseil de l'Union européenne, les aides publiques en faveur du cinéma visent à favoriser la diversité culturelle³⁴¹.

156. *La liberté de création et obligations positives.* Enfin, les systèmes d'aides publiques sont justifiés sur le terrain de la liberté de création. En effet, l'effectivité de la liberté de création impose certains systèmes d'aides aux secteurs culturels et scientifiques. L'objet de ces politiques publiques est d'assurer le dynamisme de la création. Il s'agit donc de susciter la multiplication des « actes de création. Dès lors, il est possible de regarder les aides publiques dans ce sens car la liberté de création est un droit fondamental.

II – Le droit au pluralisme

157. *La notion de pluralisme.* Au sens commun, le pluralisme désigne « une conception qui admet la pluralité des opinions et des tendances en matière politique, sociale, économique, syndicale, etc. »³⁴². Juridiquement, le pluralisme signifie traditionnellement une exigence de diversité des activités politiques. En tant que caractéristique politique des régimes démocratiques, le pluralisme politique est consubstantiel à notre conception de l'Etat de droit. Par extension, la pluralité des partis politiques, des opinions et des sources d'information permettent de garantir le bon fonctionnement des régimes démocratiques. La Cour EDH rappelle ainsi, de façon générale, « le caractère crucial du pluralisme en tant que pilier de la démocratie »³⁴³. Le pluralisme des courants d'expression est d'ailleurs « unanimement considéré comme une des garanties d'une société démocratique »³⁴⁴.

158. *La Convention EDH.* Le pluralisme n'est pas limité au secteur politique et institutionnel. En effet, l'exigence de pluralisme s'étend également à la liberté d'expression et de communication, c'est-à-dire aux expressions politiques³⁴⁵ et culturelles, et

³⁴¹ Cons. CE, résolution du 12 février 2001, in *Journal Officiel des communautés européennes* du 6 mars 2001.

³⁴² *Le Petit Larousse*, 2009. Dans cette acception, le pluralisme ne doit pas être confondu avec le pluralisme juridique, en tant qu'étude des sources du droit. Cette dernière notion est parfois définie négativement comme s'opposant à « l'idée selon laquelle l'État serait la source unique du droit » (H. MOUTOUH in *Dictionnaire de la culture juridique*). Voy. sur cette notion J. GILISSEN (Dir.), *Le pluralisme juridique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, L. FONTAINE (Dir.), *Droit et pluralisme*, Actes du colloque de Caen, organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit, les 30 novembre et 1^{er} décembre 2006, Nemesis, Bruylant, 2007.

³⁴³ Cour EDH, 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, Req. n° 10226/03, § 83.

³⁴⁴ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable », in *Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 694.

³⁴⁵ Pour un aperçu de la mise en œuvre du pluralisme en matière de communication politique : D. DE BELLESCIZE et L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication, op. cit.*, p. 272.

particulièrement, à travers le secteur de l'audiovisuel³⁴⁶. Chronologiquement, le Conseil de l'Europe est le premier ordre juridique à avoir consacré l'objectif du pluralisme³⁴⁷. La Cour EDH considère dès l'arrêt *Handyside* que le « pluralisme des courants d'expression » est consubstantiel à la liberté de communication³⁴⁸. Ensuite, par l'arrêt *Gorzelik c. Pologne*, la Cour précise que le pluralisme suppose la « reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles [...] des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques »³⁴⁹. Dès lors, l'objectif de pluralisme est étendu à un domaine plus large puisque sont visées les traditions culturelles, les convictions religieuses, les idées et les concepts artistiques et littéraires. La protection du pluralisme est également prévue à travers deux recommandations du Conseil de l'Europe³⁵⁰. Elles visent à garantir une pluralité des moyens d'expression et une pluralité des contenus exprimés. Comme nous le verrons, la pluralité des supports et celle des contenus constituent les deux facettes du droit à la pluralité.

159. Droit constitutionnel. Le pluralisme a ensuite été élevé au rang d'objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Par la décision *Liberté de communication*, le Conseil constitutionnel prévoit qu'« il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration de 1789, avec (...) la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels »³⁵¹ (souligné par nous). Le pluralisme représente ainsi un objectif protégé par le Conseil constitutionnel depuis les premières décisions relatives à la liberté de communication. Par ailleurs, des auteurs estiment que le pluralisme représente « le domaine privilégié d'intervention du Conseil constitutionnel »³⁵².

³⁴⁶ P. MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, préf. Ch. DEBBASCH, 2004, p. 291 et s., F. DREYFUS, « Le pluralisme culturel », in L. FONTAINE (Dir.), *Droit et pluralisme*, op. cit., p. 195.

³⁴⁷ Notons au préalable que le « principe pluraliste » irriguait déjà la Déclaration des droits sociaux de Gurvitch (*La Déclaration des droits sociaux*, préf. C.-M. HERRERA, Dalloz, ed. originale 1946, réed., 2009, p. 174) dont on sait qu'elle eut un impact important sur le Constituant de 1946. Le premier article de cette Déclaration dispose que « le but de la Société est la fraternité des hommes et des groupes, se réalisant par la variété dans l'unité, c'est-à-dire par une pluralité d'associations de collaboration égalitaire, intégrée dans la communauté nationale et protégeant la liberté et la dignité humaine de chaque participant ».

³⁴⁸ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. R.-U*, Req. 5493/72, § 49.

³⁴⁹ Cour EDH, 17 février 2004, *Gorzelik c. Pologne*, Req. n° 44158/98, § 92.

³⁵⁰ Recommandation n° R (99) 01 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias, Conseil de l'Europe, Recommandation n° CM/Rec. (2007) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias.

³⁵¹ Cons. const., 27 juillet 1982, 82-141 DC. Le Conseil constitutionnel a ensuite renouvelé cette formulation : Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, cons. 11. Voy. consacrant une nouvelle légèrement différente : Cons. const. n° 2004-497 DC, 1er juillet 2004, cons. 24 : « l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants de pensées et d'opinions ».

³⁵² D. DE BELLESCIZE et L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, op. cit., p. 139.

160. Ce principe a ensuite reçu une consécration constitutionnelle explicite grâce à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Le pluralisme a été introduit dans deux dispositions constitutionnelles. L'article 4 §3 de la Constitution vise désormais le pluralisme au sens de l'organisation politique en prévoyant que « *la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ». De plus, la réforme constitutionnelle a introduit un alinéa supplémentaire à l'article 34 de la Constitution, fixant le domaine de compétence législative, qui dispose désormais que la loi fixe les règles concernant « *la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias* ». La portée de ce nouvel alinéa soulève cependant des interrogations. La doctrine estime que l'introduction du pluralisme dans le domaine de compétence législative demeure cependant « symbolique »³⁵³ car il serait déjà compris dans le domaine de l'article 34 de la Constitution³⁵⁴. De plus, le pluralisme des médias constitue déjà un droit fondamental au sens de l'article L.521-2 du CJA³⁵⁵. Pourtant, force est de constater que le Conseil constitutionnel considérait le principe du pluralisme comme un objectif de valeur constitutionnelle, et non comme un droit constitutionnel opposable au législateur. Notons toutefois que, depuis la réforme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel qualifie toujours le pluralisme et l'indépendance des médias « d'objectifs de valeur constitutionnelle »³⁵⁶. Il n'en demeure pas moins que la principale conséquence de la loi constitutionnelle de 2008 est que seule une loi peut porter atteinte au pluralisme des médias. Ainsi, une délibération du Conseil d'administration de France Télévision ne saurait supprimer la publicité sur les chaînes du groupe France Télévision en raison de l'atteinte portée au pluralisme des médias³⁵⁷.

161. *Droit européen et international.* Le droit européen reconnaît également le pluralisme des médias comme un droit fondamental. L'article 11 § 2 de la Charte DFUE dispose ainsi que « *la liberté des médias et leur pluralisme sont respectés* ». Selon Viviane Reading, le pluralisme des médias constitue avec la liberté d'expression et la liberté des médias un des

³⁵³ B. BEIGNIER et alii., *Traité de droit de la presse et des médias*, op. cit., n° 107, Voy. aussi G. CARCASSONNE, « Médias : une constitutionnalisation superflue ? », *D.* 2008, p. 2128.

³⁵⁴ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'impact de la réforme constitutionnelle sur les droits et libertés », *D.* 2008, p. 1866, L. CALANDRI, « Droit des médias », *JCP G* 2009, I, chron. p. 144,

³⁵⁵ CE, ord., 24 février 2001, *Tibéri*, *Rec. CE* 2001, p. 85.

³⁵⁶ CC, décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, *D.* 2009, p. 884, note A. LEVADE.

³⁵⁷ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 11 février 2010, *JCP G* 2009, I, p. 144, note L. CALANDRI.

« trois piliers de la politique des médias de l'Union Européenne »³⁵⁸. Le pluralisme irrigue de même la Directive 2007/65/CEE, dite « Services de médias audiovisuels ». En effet, elle dispose que « *le pluralisme de l'information devrait être un principe fondamental de l'Union européenne* »³⁵⁹. Enfin, d'un point de vue plus strictement culturel, les différentes conventions signées dans le cadre de l'UNESCO, par exemple la Convention sur la diversité culturelle signée en 2005, consacrent le pluralisme.

162. *Les moyens d'assurer le pluralisme.* Divers systèmes de régulation tendent à assurer le pluralisme³⁶⁰. D'abord, le pluralisme interne est souvent distingué du pluralisme externe³⁶¹. Le pluralisme interne vise à assurer la diversité des contenus, tandis que le pluralisme externe tend à garantir la diversité des supports de communication. Les obligations de diffusion représentent le principal moyen permettant d'assurer le pluralisme interne. Elles se manifestent avant tout par la mise en place de quotas (règle dite des « trois tiers »³⁶², quotas de diffusion de 40 % de chansons françaises, décompte du temps de parole du Président de la République³⁶³, etc.). Le respect du pluralisme externe fait l'objet d'une réglementation importante. Deux moyens permettent d'assurer le pluralisme des supports de communication : les aides financières (déjà étudiées³⁶⁴) et les dispositifs anti-concentration.

163. *Les dispositifs anti-concentration.* Le système anti-concentration comporte trois volets³⁶⁵. Le premier constitue une limitation aux concentrations horizontales (ou « mono media »). Il s'agit d'une limitation à la détention du capital d'une même entreprise de communication. Une distinction est faite selon que la diffusion est analogique (limitation à 49% du capital ou droits de vote à une même personne directement ou indirectement, si

³⁵⁸ Discours prononcé le 18 juin 2007, à Cologne, lors du 19e forum des médias de Nordrhein-Westfalen.

³⁵⁹ Directive 2007/65/CEE, cons. 28.

³⁶⁰ S. REGOURD, *L'exception culturelle*, PUF, 2^e ed., 2004, p. 32 et s.

³⁶¹ Sur cette distinction : P. MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, préf. Ch. DEBBASCH, 2004, p. 291 et s. Nous renvoyons à cet ouvrage pour l'étude détaillée de la réglementation relative au secteur de l'audiovisuel.

³⁶² De nature « coutumière », la règle des « trois tiers » signifie que les médias doivent diviser en parts égales le temps de parole du gouvernement, de la majorité et de l'opposition.

³⁶³ CE, Assemblée, 8 avril 2009, publié au recueil *Lebon* : « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pouvait, sans méconnaître les normes de valeur constitutionnelle qui s'imposent à lui et la mission que lui a confiée le législateur, exclure toute forme de prise en compte de ces interventions dans l'appréciation du respect du pluralisme politique par les médias audiovisuels* » (souligné par nous).

³⁶⁴ Cf. n° 153 et s.

³⁶⁵ En droit français, la mise en place d'un système de contrôle des concentrations résulte en partie de la censure de la loi du 30 septembre 1986 par le Conseil constitutionnel. En réaction à la censure du Conseil constitutionnel, le législateur a mis en place, par la loi du 27 novembre 1986, modifiée à plusieurs reprises, un dispositif anti-concentration visant les entreprises de communication audiovisuelle, sous le contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). Voy. L. VOGEL, « Pluralisme culturel et contrôle des structures », *Concurrence et consommation* 2001, n° 124, p. 26, Voy. également la *Revue de la concurrence et consommation*, sept. 2009 n° spécial culture.

l'audience de la chaîne est supérieure à 8%, et limitation à 15 % du capital d'une seconde société si la participation à une chaîne nationale est supérieure à 15%) ou numérique. Ensuite, le second volet concerne les limitations aux concentrations verticales. L'objectif des limites aux concentrations verticales est de garantir une part de production indépendante en imposant un minimum de 10% de temps d'antenne consacré, ou 10% du budget de programmation, à des œuvres européennes de producteurs indépendants³⁶⁶. Enfin, le troisième volet concerne les concentrations « pluri-média ». Il vise l'interdiction de contrôler plus de deux catégories de médias, combiné avec un critère d'audience³⁶⁷. Ce troisième dispositif est parfois jugé « obsolète »³⁶⁸ en ce qu'il porte une atteinte trop importante à la liberté d'entreprendre, et partant, représente un frein à l'émergence d'un acteur de dimension internationale. De plus, le système serait inégalitaire en ce qu'il constitue une contrainte plus forte pour les médias audiovisuels que pour la presse écrite. Par ailleurs, plusieurs commissions ont proposé de réformer ce dispositif. Ainsi, la commission Lancelot propose de fixer les seuils de participation à un autre média à 2/3 des plafonds mono-média. Plus radicalement encore, la commission Giazzi propose de supprimer les obligations pluri-média. Mais de telles réformes comportent un risque d'inconstitutionnalité selon M. Weigel³⁶⁹.

164. *La nature du droit au pluralisme : une obligation positive.* Le droit au pluralisme fait supporter à l'État une obligation positive d'assurer les conditions effectives du pluralisme. Avant la loi constitutionnelle de 2008, le Conseil constitutionnel qualifiait le droit au pluralisme d'objectif de valeur constitutionnelle. Or, la doctrine considère traditionnellement que les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas directement invocables par les particuliers devant le juge ordinaire³⁷⁰. Leur mise en œuvre incombe au législateur. Cependant, la réforme constitutionnelle de 2008 est susceptible de faire évoluer le principe de pluralisme en véritable « droit au pluralisme ». Particulièrement, le droit au pluralisme doit pouvoir être invoqué lors d'une QPC.

³⁶⁶ Directive 89/552/CEE, dite « Télévision sans frontière ».

³⁶⁷ Un bénéficiaire d'une autorisation d'émettre au niveau national en analogique ou en numérique ne saurait bénéficier d'une seconde autorisation dans certaines situations. Il ne doit pas cumuler les trois critères suivants : éditer un service de télévision hertzienne terrestre concernant plus de 4 millions d'habitants, éditer un service de radiodiffusion de taille nationale, éditer un quotidien d'information représentant plus de 20% de la diffusion nationale

³⁶⁸ G. WEIGEL, « Pluralisme, anti-concentration et média global », *RLDI* 2008, p. 45.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 50.

³⁷⁰ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, p. 45, A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable », *op. cit.*, p. 698, L. GAY, *Les droits-créance constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 328

165. *Une obligation positive au sens de la Convention EDH.* Les obligations positives supposent que la garantie des droits fondamentaux nécessite une « action positive » de la part des Etats. Dans ce sens, le droit au pluralisme représente une obligation positive à la charge des Etats. La Cour EDH considère en particulier que l'effectivité de la liberté d'expression suppose d'assurer le pluralisme des courants d'expression³⁷¹. Par conséquent, dès lors que la liberté de création est envisagée à travers la liberté d'expression, il incombe aux Etats d'en assurer le pluralisme.

III – Les moyens d'accroître l'effectivité

166. Le droit à la culture et le droit au pluralisme sont des instruments faiblement effectifs. Nous avons également observé que le droit à la culture manque de précision. Nous avons également noté que le droit au pluralisme est davantage envisagé comme un moyen d'assurer l'effectivité des expressions politiques. Dès lors, comment améliorer l'effectivité de la liberté de créer ? Deux moyens inspirés de la jurisprudence de la Cour EDH permettent d'y parvenir. Il s'agit d'abord de la technique de la marge nationale d'appréciation. Il s'agit ensuite de la technique des « notions autonomes ».

167. *La réduction de la marge nationale d'appréciation des Etats.* Le premier instrument permettant d'accroître l'effectivité de la liberté de création est de réduire la marge nationale d'appréciation des Etats en la matière. La technique de la marge nationale d'appréciation vise à permettre la cohabitation de la diversité des systèmes juridiques dans un même ordre. Partant, cette technique est essentielle dans le droit de l'UE et du Conseil de l'Europe³⁷². Plus la question est sensible, plus la marge de liberté accordée aux Etats sera importante. Par exemple, les questions relatives à l'environnement ne faisant pas l'objet d'un consensus au niveau européen, la marge d'appréciation des Etats est importante³⁷³. Toutefois, malgré l'absence de consensus, le droit européen peut réduire la marge dans un domaine afin de marquer son importance. Ainsi, l'objectif d'effectivité d'un droit fondamental peut par exemple justifier la réduction de la liberté d'un Etat.

³⁷¹ Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, Req. n° 39293/98, § 38.

³⁷² Il faut assimiler à la technique de la marge nationale d'appréciation les questions relatives aux Règlements européens et aux Directives d'harmonisation totale ou partielle : les règlements et les directives d'harmonisation totale ne laissent aucune marge d'appréciation aux Etats membres.

³⁷³ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taskin et autres c/ Turquie*, Req. n° 46117/99, § 116.

168. *L'arrêt Akdas c. Turquie.* En ce sens, la Cour EDH a réduit la marge d'appréciation en matière de liberté d'expression artistique par l'arrêt *Akdas c. Turquie*³⁷⁴. Cette affaire concernait l'interdiction en Turquie du roman d'Apollinaire *Les onze mille verges* sur le terrain de la moralité publique. Afin de condamner la Turquie, la Cour EDH a considéré que « *la portée de cette marge d'appréciation, en d'autres termes, la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* ». Ainsi, la réduction de la marge d'appréciation s'agissant d'une œuvre du « *patrimoine littéraire européen* » permet d'assurer une meilleure effectivité de la liberté de création artistique. Partant, la réduction de la marge d'appréciation des Etats pourrait être généralisée en faveur de la liberté de création.

169. *La création de « notions autonomes ».* Une seconde technique permettrait d'assurer une meilleure effectivité de la liberté de création : il s'agit de la technique des « notions autonomes ». Celles-ci sont des outils d'effectivité des droits fondamentaux³⁷⁵. Elles consistent en une définition uniforme de certaines notions. Elles s'apparentent ainsi à la technique du contrôle d'interprétation de la Cour de cassation. Elles ont vocation à assurer une protection identique dans les différents Etats membres. Mais la création ne fait pas pour le moment l'objet d'une notion autonome. Il faut néanmoins relever que des notions périphériques ont fait l'objet d'une telle technique. Par exemple, la « compensation équitable » en matière de droit d'auteur fait à présent l'objet d'une notion autonome au sens de l'UE³⁷⁶. Selon la CJUE, « *la notion de « compensation équitable », au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), 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, est une notion autonome du droit de l'Union, qui doit être interprétée d'une manière uniforme dans tous les États membres ayant introduit une exception de copie privée* » (souligné par nous). La conséquence de l'autonomisation de la notion de compensation équitable est de priver les Etats de la liberté d'interpréter la notion. Par conséquent, l'interprétation ne peut pas être un moyen de réduire l'effectivité d'un droit.

³⁷⁴ Cour EDH, 16 février 2010, *Akdas c. Turquie*, *op. cit.*, § 29 et § 30.

³⁷⁵ F. SUDRE, *Rép. Dr. international*, « Droits de l'homme », n° 81.

³⁷⁶ CJUE, 3e ch., 21 octobre 2010, C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* – Demande de décision préjudicielle formée par l'Audiencia Provincial de Barcelona (Espagne), *JCP G* 2010, p.1256 note L. MARINO, *Comm. com. élect.* 2011, étude n° 1, obs. N. BINCTIN et com. 2, note Ch. CARON, *RLDI* 2010/66, no 2158, note E. BOUCHET-LE MAPPIAN.

Appliquée à la liberté de création, l'autonomisation de la notion de création doit permettre d'assurer un « minimum » de protection de la liberté de création.

§ 3 – La limitation de la liberté contractuelle du créateur

170. *La contractualisation du processus créatif.* Le créateur peut limiter par contrat sa liberté créatrice³⁷⁷. Il s'agit d'une manifestation de sa liberté contractuelle³⁷⁸. Il est d'ailleurs tenu de le faire à chaque fois que sa création doit respecter des impératifs financiers, comme pour un film de cinéma, ou des impératifs techniques, comme pour une création architecturale. Notons de prime abord que les dispositions du CPI relatives au droit de propriété sur la création n'ont pas ici vocation à s'appliquer. En effet, les régimes juridiques des contrats de propriété intellectuelle ne concernent pas la liberté créatrice. L'examen de la liberté contractuelle du créateur révèle, encore une fois, que la distinction entre l'acte et le résultat de la création représente la *summa divisio* du droit des activités créatives.

171. *La limitation de la liberté contractuelle.* La liberté contractuelle du créateur est elle-même limitée en référence au principe de proportionnalité³⁷⁹ : si le créateur peut valablement consentir à des restrictions de sa liberté créatrice, celles-ci doivent cependant demeurer mesurées³⁸⁰. Le contrôle de l'étendue de la liberté contractuelle du créateur constitue ainsi un moyen de la garantir. On peut distinguer deux types de limitation contractuelle de la liberté de la création. En premier lieu, il peut s'agir d'engagements portant sur les conditions de l'acte de création (**I**). Il peut s'agir, en second lieu, d'engagements portant sur l'objet même de l'acte de création, c'est-à-dire sur les caractéristiques du bien créatif (**II**).

I – Les engagements portant sur une création

172. *L'arrêt « Etat gabonais ».* Le créateur peut valablement limiter sa liberté créatrice en s'engageant à respecter certains impératifs tenant au processus de création. Cette solution

³⁷⁷ Il ne s'agit que de la mise en œuvre de la liberté contractuelle du créateur, voire même du principe d'autonomie individuelle. Voy. KAYSER, « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat », in *Études offertes à André Audinet*, PUF, 1968, p. 141, S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n° 481, B. KHAVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation. Pour l'équilibre des droits dans le temps*, PUAM, 2008, n° 245.

³⁷⁸ Sur la nature ambiguë de la liberté contractuelle dans l'ordre des droits fondamentaux : P.-Y. GADOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, p. 93 et s., Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (Dir.), Dalloz, 2009, p. 175.

³⁷⁹ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 230, J.-P. MARGUENAUD, « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », *RDC* 2009, p. 1211.

³⁸⁰ Rappr. de la limitation dans le temps et dans l'espace des clauses de non-concurrence.

découle clairement de l'arrêt fondateur « *Etat gabonais* » du 7 avril 1987³⁸¹. En l'espèce, l'Etat gabonais avait conclu avec Antenne 2 un contrat de commande en vue de la réalisation, de la production et de la diffusion d'une création audiovisuelle visant à faire la promotion de ce pays. Le contrat stipulait en particulier que le synopsis, le scénario et le montage seraient réalisés en accord par les deux parties. Or, l'Etat gabonais n'a pas consenti au montage du film. Il assigna par conséquent son cocontractant en dommages-intérêts. Le litige portait notamment sur le point de savoir si le créateur (Antenne 2) pouvait limiter contractuellement sa liberté créatrice en laissant l'Etat du Gabon s'immiscer dans le processus créatif. Afin d'admettre la liberté contractuelle du créateur, la Cour de cassation considère, d'une part, que le droit moral n'y fait pas obstacle car celui-ci « *ne préexiste pas* » à la création et, d'autre part, que le créateur peut « *consentir par convention à limiter sa liberté de création* ». Il apparaît donc nettement que le créateur peut laisser à son contractant le soin de déterminer certaines modalités du processus créatif. Plus précisément, deux modalités susceptibles d'entrer dans les prévisions contractuelles font courir le risque d'une atteinte disproportionnée à la liberté créatrice : la durée de l'engagement et le rythme de création.

173. *La durée de l'engagement et le rythme de création.* La durée de l'engagement contractuel représente une variable déterminante de l'étendue de la liberté laissée au créateur³⁸². Plus l'engagement sera long, plus il est probable que la liberté du créateur sera réduite. À l'instar des clauses de non-concurrence, dont la validité découle de leur proportionnalité, les clauses limitatives de créativité devraient logiquement être déclarées nulles dès lors qu'elles sont disproportionnées, notamment dans le cadre de relations de travail³⁸³. Une jurisprudence ancienne l'admet d'ailleurs dans le cadre du contrat de mécénat³⁸⁴. De même, une autre jurisprudence considère que la liberté créatrice est atteinte

³⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1987, « *Etat gabonais c. Antenne 2* », *Bull. civ. I*, n° 124, *RTD Com.* 1988, p. 225, obs. FRANÇON.

³⁸² On pourrait penser que la règle de la prohibition de la cession globale des œuvres futures, prévue par l'article L.131-1 du CPI, constitue une garantie de la liberté créatrice. Mais il ne s'agit en réalité que d'une interdiction d'aliéner le bien créatif par anticipation. Un salarié aliène par exemple sans difficulté sa liberté créatrice indépendamment de la propriété des biens créatifs réalisés.

³⁸³ Rappr. la proposition de Barta de reconnaître un « *droit d'exécuter un travail créateur dans un rapport de travail* » ayant pour objet de protéger l'auteur salarié contre les ingérences de l'employeur dans la « *sphère de sa liberté créatrice* », qui se décomposerait en un droit d'exercer réellement un travail à caractère créateur et un droit d'obtenir les conditions indispensables à l'exécution d'un travail créateur (BARTA, « *Le droit d'auteur et la créativité de l'employé* », *RIDA* 1984, n° 121, p. 141 et s.).

³⁸⁴ Voy. au sujet du contrat de mécénat : une jurisprudence ancienne considère comme nuls les contrats portant sur l'engagement de créer dont la durée est trop importante (CA Paris, 15 novembre 1966 : *RTD Com.* 1967, p. 154, obs. DESBOIS, *RTD Civ.* . 1967, p. 189, obs. CORNU, au sujet d'un contrat renouvelable par période de 3 mois pendant 10 ans). Rappr. F. POLLAUD-DULIAN, « *Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art* », *Droit et Patrimoine*, février 2004, p. 30.

lorsque le rythme de production imposé au créateur est excessif³⁸⁵. Les contrats de commande portent ainsi atteinte à la liberté de création lorsqu'ils prévoient, selon Mme Denoix de Saint Marc, « un objet relativement imprécis, défini d'avantage par la durée du contrat que par la nature des œuvres à créer, ou portant sur un nombre élevé d'œuvres à venir »³⁸⁶.

II – Les engagements portant sur le futur bien créatif

174. *La contractualisation des caractéristiques du bien créatif.* L'engagement de créer un bien est souvent assorti des caractéristiques que le futur bien créatif doit revêtir. Il est légitime en effet que le maître de l'ouvrage ou le commanditaire du processus créatif puisse fixer les caractéristiques du bien à créer : le décorateur s'engage ainsi à proposer une création dans le thème prévu par la commande, le *designer* à traduire les caractéristiques du produit, le réalisateur d'un film s'engage à livrer un film d'une certaine durée, l'ingénieur s'efforce d'aboutir au résultat technique demandé, etc. Le créateur consent ainsi à respecter certains impératifs de création. Précisons que les limitations contractuelles portent sur la liberté créatrice et non sur le droit de propriété du bien créatif. En effet, les directives relatives aux caractéristiques du bien créatif concernent la liberté de création car elles portent sur l'acte de création. On conviendra aisément que l'employeur qui impose des directives au créateur subordonné limite l'acte créatif sans préjudice de la propriété du bien. Dans le cas contraire, le contrat de travail emporterait une cession du droit de propriété, ce qui n'est pas le cas en droit positif.

175. *La forme et le sens de la création.* Les contrats limitatifs de la liberté créatrice peuvent en particulier imposer la forme et le sens du bien créatif. Par exemple, les contrats de commande et de publicité fixent valablement les caractéristiques de forme et de fond du bien créatif. L'arrêt *Etat gabonais* illustre parfaitement cette hypothèse. Antenne 2 était en effet tenue de respecter l'esprit promotionnel du film publicitaire. De même, un contrat d'édition et un Pacte de préférence peuvent licitement fixer les caractéristiques d'une œuvre à créer. Ils ne

³⁸⁵ CA Paris, 15 novembre 1966, *GP* 1967, p. 17, note Sarraute, *RTD Com.* 1967, p. 155, obs. DESBOIS et p. 189, note CORNU, au sujet de l'engagement nul d'un auteur s'engageant à produire 20 toiles par mois, CA Aix en Provence, 23 février 1965, *D.* 1966, jur. p. 166, obs. SAVATIER, *RIDA* 1966, p. 34, *RTD Com.* 1965, p. 849, obs. DESBOIS : nullité du contrat de mécénat en ce que « la liberté créatrice de l'artiste, lequel ne pouvait se soumettre à sa seule inspiration mais devait chercher un rendement déterminé, ce qui était de nature à compromettre gravement la qualité de son œuvre, sa réputation et son avenir ». Cet arrêt opère toutefois une certaine confusion entre la liberté de création et le bien créatif : « concernant les œuvres de l'esprit, ils (les contrats) doivent tenir compte du caractère particulier de celles-ci, respecter les principes posés par la loi du 11 mars 1957 et sauvegarder la liberté créatrice de l'auteur ainsi que son droit moral d'auteur ». Rappr. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 31, KAYSER, « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat », op. cit., p. 133.

³⁸⁶ S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, op. cit., n° 489.

peuvent pas, en revanche, interdire la création d'œuvres ayant le même sujet³⁸⁷. Une telle clause porterait atteinte à la liberté créatrice.³⁸⁸ À l'inverse, le contrat peut prévoir que la liberté créatrice devra être respectée, à défaut de quoi le créateur peut rompre son contrat. Il s'agit en réalité d'une clause de conscience, à la manière de celle prévue en faveur des journalistes par l'article L.7112-5-3° du Code du travail. Une clause de conscience s'analyse ainsi en une garantie de la liberté créatrice³⁸⁹.

Section 2 – L'effectivité procédurale

176. *Les procédures de presse.* La problématique de la défense de la liberté de création se rapproche de celle de la liberté d'expression. En effet, ces deux libertés relèvent du droit de la presse. Or, on sait que les règles de procédures de presse sont très particulières : la défense de la liberté d'expression a conduit le législateur de 1881 à adopter des règles procédurales d'exception (régime de responsabilité en « cascade », durée de prescription courte, formalisme des écritures, etc.). Il ne convient pas de retracer ici l'ensemble du régime de la procédure de presse.

177. *Le paradoxe de la création : diffusion et intimité.* La défense de la liberté de création repose sur un constat paradoxal : l'acte de création est un acte intime, mais l'audience de la création est particulièrement importante. L'exemple du contrôle des films de cinéma est particulièrement évocateur : expression de la personnalité d'un réalisateur (et d'un producteur), le film de cinéma fait pourtant l'objet d'un contrôle important. Ces deux caractéristiques exigent la protection d'intérêts antagonistes : l'intimité de l'acte de création exige une protection de la liberté personnelle du créateur, tandis que la publicité de la création justifie un contrôle strict de leur diffusion. De plus, à ces deux intérêts antagonistes s'ajoute un autre lieu de conflit : la conciliation des exigences de célérité et de sécurité.

178. *Concilier célérité et sécurité.* La problématique des procédures relatives à la création consiste en la conciliation de deux exigences contradictoires. La première exigence est celle

³⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1982, *D.* 1983 somm., p. 98, obs. C. COLOMBET, CA Paris, 6 septembre 2000, *RIDA* 2001, p. 361.

³⁸⁸ Ch. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 434, p. 366. L'auteur précise que, par analogie avec les clauses de non-concurrence, de telles clauses seraient valables si elles sont limitées dans le temps et dans l'espace, indispensables à la protection des intérêts de l'entreprise, et limitées au genre de l'œuvre concernée.

³⁸⁹ La clause de conscience ne doit pas être confondue avec le droit moral de l'auteur. Ce dernier ne porte que sur les œuvres créées, tandis que la clause de conscience est applicable indépendamment des biens créés. Les deux critères de mise en œuvre de la clause de conscience confirment cette analyse : le changement de genre de la publication et le changement notable d'orientation du journal sont indépendants du mode d'exploitation de l'œuvre. *Contra* B. BEIGNER, B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité du droit de la presse*, *op. cit.*, n° 706, p. 429.

de célérité des procédures (§1). En effet, les abus de la liberté de création ont des conséquences immédiates et souvent difficilement réparables. Par exemple, la diffamation produit un préjudice pour la personne diffamée dès la publication. Il convient donc d'organiser une procédure rapide car une réparation tardive serait sans intérêt. La seconde exigence consiste à assurer la sécurité du créateur (§2).

§ 1 – Une exigence de célérité

179. Les procédures mettant en cause la liberté de création sont très souvent confrontées à une exigence de célérité. Le respect des droits concurrents de la liberté de création³⁹⁰ sont en effet bien souvent dépendants d'une procédure rapide. Cette exigence de célérité provient de l'impact de la « publication » des créations : tant qu'elles ne sont pas divulguées, les créations ne produisent aucun effet. Mais, dès lors qu'elles sont rendues publiques, elles sont susceptibles de provoquer des dommages. L'exigence de célérité provient donc du fait que l'acte de publication, c'est-à-dire le fait de rendre public, est un moment charnière de la liberté de création. Par exemple, un roman porte atteinte à des droits concurrents dès la publication, qui constitue le véritable « pivot » du droit des procédures de presse. Celles-ci sont donc logiquement marquées par une exigence de célérité. Mais l'exigence de célérité des procédures est parfois incompatible avec l'application des droits fondamentaux du créateur (I). En toute hypothèse, les sanctions des abus de la liberté de création doivent être prévisibles (II).

I – La célérité comme justification des atteintes à la liberté de création

180. En tant qu'acte de publication, l'acte de création conduit dans certaines situations à des conséquences irréversibles. L'exigence de célérité des procédures justifie alors deux types d'atteinte à la liberté de création. Elle justifie dans un premier temps la mise en place d'un régime préventif (A). Elle autorise ensuite une suspension de certains droits fondamentaux de la procédure (B).

A – Une justification du régime préventif

181. *Nécessité des procédures d'urgence.* Les procédures d'urgence sont largement utilisées en matière de création. La fréquence du recours aux procédures de référé et aux procédures sur requête par les créateurs, ou contre ceux-ci, résulte de la rapidité du rythme de diffusion de la création. L'instantanéité de l'effet de la publication explique le recours aux

³⁹⁰ Cf. n° 226 et s.

procédures d'urgence en matière de création. L'importance des procédures de référé s'est d'ailleurs accrue ces dernières années avec le développement des moyens de communication électronique. L'information circule de plus en plus rapidement et exige donc une réponse rapide.

182. *La variété des procédures.* Il existe plusieurs procédures d'urgence fréquemment mise en œuvre en matière de création. Ainsi, la procédure de référé de droit commun des articles 808 et 809 du CPC est largement utilisée à l'encontre des créateurs. De même, le référé de l'article 9 du C. civ. est utilisé à l'encontre des créateurs. En outre, le législateur a prévu des procédures d'urgence particulières, tel que le référé-diffamation et le référé-internet. Ainsi, les procédures de référé représentent d'une certaine manière le « droit commun » des actions de presse. Dans le même sens, le contrôle administratif des publications destinées à la jeunesse est imprégné de l'urgence : la restriction doit intervenir avant que le mineur ne soit mis en contact avec la création litigieuse. À défaut, la restriction serait trop tardive car le mineur aura déjà pris connaissance de la création.

183. *Le régime répressif ou le régime préventif.* Toutefois, l'exigence de célérité de la procédure justifie-t-elle le caractère préventif de la sanction ? Il semble en effet que la procédure de référé implique nécessairement que la sanction ait un caractère préventif³⁹¹. L'efficacité d'une procédure rapide suppose de sanctionner la création avant qu'elle ne soit diffusée. L'exigence de célérité semble alors supposer que la sanction de l'acte de création intervienne avant sa diffusion. L'acte de création est alors paralysé. Mais un régime préventif est gravement attentatoire à la liberté de création³⁹². Dès lors, que reste-t-il de la liberté de création si elle risque d'être suspendue avant son exercice ?

184. *L'opposition du droit constitutionnel et du droit européen.* En dépit de la gravité du régime préventif en matière de liberté de création, les droits fondamentaux ne l'interdisent pas totalement. En effet, par analogie avec la liberté d'expression, la Cour EDH admet le maintien d'un régime préventif en matière de liberté de création. Ainsi, elle admet certaines restrictions *a priori* à la liberté d'expression bien que de « *telles restrictions présentent pour une société démocratique de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus*

³⁹¹ A. LACABARATS, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *GP* 2006, chron. p. 7.

³⁹² J.-J. ISRAËL, « Le juge administratif et les moyens de la liberté d'expression », *RFDA* 2003, p. 1083.

scrupuleux »³⁹³. En revanche, le droit constitutionnel écarte les mesures préventives en matière de liberté d'expression. Ainsi, l'article 11 de la DDH proclame que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ». Dès lors, le Conseil constitutionnel considère que des mesures produisant des « *effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable* » sont contraires à l'article 11 de la DDH³⁹⁴. Par conséquent, les procédures de référé des articles 808 et 809 du CPC pourraient être analysées comme des mesures préventives contraires au droit constitutionnel à l'occasion d'un QPC.

B – Une suspension des droits fondamentaux

185. *L'exclusion des droits fondamentaux.* Les procédures d'urgence sont par principe exclues du domaine d'application de l'article 6 §1 de la Convention EDH³⁹⁵. L'explication de l'inapplication des droits fondamentaux aux procédures d'urgence réside de l'incompatibilité supposée des procédures d'urgence avec les garanties du procès équitable. L'application de celles-ci réduirait à néant l'intérêt d'une procédure rapide. En particulier, l'introduction du principe du contradictoire ruinerait l'objectif des procédures d'urgence qui est de surprendre son adversaire. De même, la garantie du droit de se faire assister par un conseil viderait les procédures d'urgence de leur intérêt : le temps de le prévenir ruinerait l'effet de surprise.

186. *Le droit au procès équitable.* L'inapplication des droits fondamentaux aux procédures d'urgence, en particulier aux procédures de référé, est critiquée par une partie de la doctrine³⁹⁶. En effet, si l'objectif d'urgence justifie la mise à l'écart de certains droits fondamentaux, il demeure compatible avec l'application de certaines exigences du procès équitable. Par exemple, l'exigence d'impartialité et d'indépendance des magistrats et des experts paraît compatible avec l'urgence. La Cour de cassation considère ainsi que ne respect pas le principe de l'impartialité, le juge des référés qui ordonne une provision en référé et qui

³⁹³ Cour EDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, Req. n° 58148/00, § 42.

³⁹⁴ Cons. const., 11 octobre 1984, déc. n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 81.

³⁹⁵ Cass. crim., 16 juin 1988, *GP* 1989, p. 40, CE, 11 mars 1996, *GP* 1996, pan. 144. Cependant, les garanties du procès équitable s'appliquent aux procédures de référé en droit belge depuis des arrêts de la Cour de cassation du 14 janvier 2005 : Cass. (bel.), 14 janvier 2005, « *Greenpeace* », *RCJB* 2006/4, p. 491, note J.-F. et S. VAN DROOGHENBROECK

³⁹⁶ S. GUINCHARD et alii, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., n° 89.

statue au fond dans la même affaire³⁹⁷. Partant, il est envisageable, et même souhaitable, que certaines garanties du procès équitable s'appliquent aux procédures d'urgence.

187. *La prévisibilité des mesures limitatives de la liberté de création.* Dans la mesure où la célérité, ainsi que la garantie de l'effet de surprise, justifie la mise entre parenthèse de certains droits fondamentaux de la procédure, il convient de déterminer les moyens d'assurer la garantie de la liberté de création. Le principe de prévisibilité des mesures limitatives de la liberté de création en constitue une manifestation.

II – La prévisibilité comme garantie de la célérité

188. *La compatibilité de la célérité et de la prévisibilité des mesures.* La jurisprudence de la Cour EDH contribue à améliorer la garantie du procès équitable dans les procédures d'urgence³⁹⁸. Ainsi, elle a prévu l'application des garanties du procès équitable aux procédures de référé devant le juge administratif par l'arrêt *Micallef c. Malte*³⁹⁹. Pourtant, l'exigence de prévisibilité paraît heurter l'exigence de célérité. La rapidité justifierait en particulier un large pouvoir d'appréciation du juge. La prévisibilité est donc au cœur des interrogations relatives aux mesures limitatives de la liberté cinématographiques (A), des cas d'ouverture des référés (B) et de l'étendue des exigences procédurales (C).

A – La prévisibilité des mesures limitatives de la liberté cinématographique

189. *Les sanctions « prévisibles » de la liberté cinématographique.* La liberté cinématographique est une liberté très contrôlée. En particulier, les mesures de police représentent des cas de sanction *a priori* des abus de la liberté de création. En particulier, les expressions cinématographiques font l'objet d'un contrôle préventif. En ce sens, la liberté cinématographique n'existe pas⁴⁰⁰. En effet, l'obligation de l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique d'obtenir un visa auprès du Ministre chargé du cinéma pour l'exportation et l'exploitation constitue une mesure de censure *a priori* de la liberté d'expression. Le régime d'autorisation préalable est contraire au principe de sanction *a posteriori* des abus de

³⁹⁷ Ass. Plén., 6 novembre 1998 (2 arrêts), *JCP* 1998, II, 10198, rapp. SARGOS. Elle estime en revanche que l'ordonnance d'une mesure conservatoire par le juge des référés qui statue ensuite au fond de l'affaire est compatible avec l'article 6 de la Convention EDH.

³⁹⁸ C. BOYER-CAPELLE, « L'influence renouvelée de la Cour EDH dans le domaine des mesures provisoires et l'office du juge administratif français », *RDP* 2011, p. 320.

³⁹⁹ Cour EDH, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, req. n° 17056/06.

⁴⁰⁰ R. ROMI, « Liberté d'expression cinématographique. Contrôle », *JCI Communication*, fasc. 2500, 2004, n° 1, C. FOUASSIER, *Le droit de la création cinématographique en France*, L'Harmattan, coll. « Logique juridique », 2004, p. 120.

la liberté d'expression. La Cour EDH considère que la mise en place de régime de censure préventive n'est pourtant pas contraire à la liberté d'expression.

190. Le régime actuel de l'expression cinématographique offre cependant une relative prévisibilité. En effet, les mesures de police sont strictement contrôlées par le juge administratif. Ainsi, celui-ci exerce un contrôle entier sur les décisions du Ministre depuis 1975⁴⁰¹. De même, le classement X fait l'objet d'un contrôle entier de la part du Conseil d'Etat⁴⁰². Les mesures de police générale du Maire, en cas de « troubles sérieux » ou de « circonstances locales »⁴⁰³, font également l'objet d'un contrôle strict. Selon M. Wachsmann, le contrôle entier exercé par le Conseil d'Etat assure l'existence d'une véritable liberté cinématographique⁴⁰⁴. Le contrôle opéré par le juge administratif renforce donc la précision des limites préventives à la liberté de création.

B – La prévisibilité des cas d'ouverture des référés

191. La procédure de référés sur le fondement de l'article 809 al. 1 du CPC est largement utilisée dans les contentieux relatifs à la liberté d'expression. Celui-ci prévoit que « *le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » (souligné par nous). Le juge des référés intervient soit à titre préventif pour maintenir une situation et éviter un dommage imminent, soit après réalisation du dommage pour le faire cesser. La procédure de l'article 809 al. 1 du CPC ne prévoit pas de condition d'urgence ni de condition d'absence de contestation sérieuse.

192. *La prévisibilité du « trouble manifestement illicite ».* Il existe donc deux cas d'ouverture de la procédure de référé. Le juge doit constater soit un « dommage imminent », soit un « trouble manifestement illicite ». Or, les notions de « troubles manifestement illicites » et de « dommage imminent » peuvent paraître imprécises⁴⁰⁵. Un indicateur de la prévisibilité de ces notions réside dans le contrôle exercé par la Cour de cassation. En effet, le contrôle de la Cour de cassation assure au justiciable un meilleur degré de prévisibilité de la

⁴⁰¹ CE, Ass., 24 janvier 1975, *Sté Rome-Paris Films, Rec.*, p. 37.

⁴⁰² CE, 13 juillet 1979, *Sté Les Comptoirs français du film*, CE, 9 mai 1990, *Pichène, Rec.* p. 116.

⁴⁰³ CE, sect., 18 décembre 1959, *Sté Les Films Lutétia, Rec.* p. 693.

⁴⁰⁴ P. WACHSMANN, « Liberté d'expression », *JCl. Libertés*, fasc. 800, 2008, n° 195.

⁴⁰⁵ A. DEBET, *L'influence de la Convention...*, n° 385, S. GUINCHARD (Dir.) « *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne – droit communautaire*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 6^e ed., 2009/2010, n° 124.292.

règle de droit. À ce titre, elle contrôle la notion de « *trouble manifestement illicite* » depuis un arrêt d'Assemblée Plénière du 28 juin 1996⁴⁰⁶. La notion de « *trouble manifestement illicite* » s'avère donc suffisamment prévisible.

193. *La prévisibilité du « dommage imminent ».* En revanche, la notion de « *dommage imminent* » ne fait pas l'objet d'un tel contrôle par la Cour de cassation. Elle relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge des référés. Le juge des référés doit constater la certitude du préjudice que causerait le dommage. Le « *dommage imminent* » ne se réfère pas au caractère illicite, mais au dommage que le fait ou l'action pourrait créer. Mais, comment déterminer la notion de dommage ? La référence au manquement à une règle de droit serait le meilleur moyen de régler au plus juste son comportement. En effet, en vertu de l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* », les justiciables sont en mesure de régler leur comportement à l'aune des règles de droit. Mais, en principe, le « *dommage imminent* » ne fait pas référence au caractère licite. La doctrine considère cependant qu'il suffit que le dommage soit illicite pour ouvrir la procédure de référé⁴⁰⁷. Il n'en demeure pas moins que la notion de « *dommage imminent* » manque de prévisibilité et représente une source d'insécurité juridique. En outre, le traitement différent des notions n'est pas satisfaisant⁴⁰⁸. Enfin, relevons que, malgré des années de pratique des procédures de référé, de nombreuses zones d'ombres demeurent ce qui démontre un malaise plus profond⁴⁰⁹.

194. *Droit positif.* La Cour EDH considère que la procédure de l'article 809 al. 1 du CPC est prévisible⁴¹⁰. Afin de justifier que la procédure de référé soit « *prévvue par la loi* », c'est-à-dire qu'elle répond aux exigences de l'article 10 § 2 de la Convention EDH, la Cour se contente de citer l'article 809 §1. La Cour se contente de relever « *la possibilité de subir une mesure prescrite en référé* »⁴¹¹. Mais la justification de la Cour EDH est critiquable. En effet, l'existence d'une norme n'implique pas sa prévisibilité. Il faut encore que la *substance* de la norme soit suffisamment prévisible. Dès lors, l'imprécision de la notion de « *dommage imminent* » conduit à méconnaître le principe de sécurité juridique.

⁴⁰⁶ A.P., 28 juin 1996, *Bull.* n° 6, p. 11, *D.* 1996, jur. p. 497, concl. WEBER, note COULON, p. 500, *JCP* 1996, II, 22712, note MEMETEAU.

⁴⁰⁷ S. GUINCHARD (Dir.), « *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne – droit communautaire*, op. cit., n° 124.191.

⁴⁰⁸ J.-M. COULON, note sous AP, 28 juin 1996, *D.* 1996, jur. p. 500.

⁴⁰⁹ J. NORMAND, « *Dommage imminent et trouble manifestement illicite* », *Mélanges Pierre Julien*, Edilailx, 2003, p. 295.

⁴¹⁰ Cour EDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, § 30 et 31.

⁴¹¹ Cour EDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, § 31.

195. *Un trouble manifestement illicite.* Ensuite, une seconde critique classique des procédures de référés résulte de la difficulté de distinguer les situations illicites et les situations illégales⁴¹². En exigeant un « trouble manifestement illicite », l'article 809 al. 1 ne vise pas une situation nécessairement illégale. Il est admis que l'illicéité peut résulter d'un manquement à une règle de droit⁴¹³. Le juge de référé a donc tendance à créer des nouveaux droits afin de faire reposer ces décisions sur une base certaine. M. Dreyer rappelle à cet égard que le droit à l'image fut construit dans ces conditions par le juge des référés⁴¹⁴. Mais le juge des référés qualifie les faits soumis à son jugement au regard des infractions de la loi de 1881, ce qui représente une confusion entre les mesures provisoires et la sanction du droit⁴¹⁵. Par conséquent, la distinction des situations illicites et illégales ne paraît pas suffisamment claire afin de permettre au justiciable de régler son comportement.

196. *Les sanctions non prévisibles prises par le juge des référés.* Le juge des référés bénéficie d'une importante liberté de choix des mesures de sanction de la liberté de création, celles-ci n'étant pas prévues par la loi. En effet, le juge des référés peut ordonner « toutes mesures » sur la base des articles 808 et 809 du CPC. Ainsi, une création litigieuse peut subir une saisie, un séquestre, une interdiction de diffusion, la suppression de passage litigieux, l'insertion de communiqué, etc...Le juge des référés peut également octroyer l'allocation d'une provision sur dommage-intérêts en vertu du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973. La Cour de cassation considère traditionnellement qu'il dispose du pouvoir de prendre « toutes mesures propres à empêcher ou à faire cesser l'atteinte ainsi qu'à réparer le préjudice qui en résulte ». La Cour ajoute « qu'une telle restriction à la liberté d'expression respecte les exigences de l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme, à la fois quant à son fondement légal, quant à sa nécessité pour la protection des droits d'autrui et quant à sa proportionnalité aux atteintes retenues »⁴¹⁶. Partant, la Cour de cassation rejette le moyen fondé sur le manquement aux exigences de légalité, de nécessité, de prévisibilité et de proportionnalité. Mais, certains juges du fond contestent l'absence de limite des pouvoirs du juge des référés. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles, par une décision du 3 mai 2006 considère que « l'interdiction de reproduire les clichés litigieux à l'avenir n'apparaît pas

⁴¹² S. GUINCHARD (Dir.), « Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne – droit communautaire, op. cit., n° 124.202, E. DREYER, « Référé en matière de presse », *JCI Communication*, fasc. 3710, 2007, n° 106 et s.

⁴¹³ Cass. soc., 4 décembre 1980, *Bull.*, n° 878, Cass. 1^{er} civ., 12 décembre 2000, « *Halliday c. Prisma Presse* », *Bull.* n° 321.

⁴¹⁴ E. DREYER, « Référé en matière de presse », *JCI Communication*, op. cit., n° 122.

⁴¹⁵ J.-P. ROUSSE, « Nature et finalité de la mesure de référé », *GP* 1977, doct., p. 249.

⁴¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, « *Halliday c. Prisma Presse* », op. cit.

ressortir des pouvoirs du juge des référés »⁴¹⁷. Il arrive d'ailleurs à la jurisprudence de confondre « prévisibilité » et « proportionnalité ». Par exemple, le TGI de Paris considère, par une ordonnance de référé du 11 janvier 2008, que « *satisfont aux exigences de prévisibilité et de nécessité de la norme restrictive de la liberté d'expression, dès lors que le juge des référés réserve cette mesure d'une particulière gravité aux seuls cas exceptionnels où aucune autre disposition n'apparaît de nature à protéger la personne visée contre une agression dont les conséquences pourraient être, sans cette mesure d'interdiction, au moins en partie irrémédiables* »⁴¹⁸. Le caractère nécessaire et proportionné de la mesure est apprécié conjointement à celui de prévisibilité.

197. *La connaissance par les professionnels.* La Cour EDH considère que les sanctions prises sur le fondement de l'article 1382 sont suffisamment prévisibles⁴¹⁹. Il devrait logiquement en est de même des mesures prises en référé sur le fondement de l'article 808 du CPC et de l'article 9 al. 2 du C. civ. Elle considère que les mesures sont connues des professionnels de l'édition. Cette connaissance permet de palier l'absence d'énumération expresse et exhaustive des mesures⁴²⁰. Par exemple, elle considère que la publication de communiqués judiciaires est prévisible car elle représente « *l'une des modalités habituelles de réparation des préjudices causés par voie de presse* »⁴²¹. Plus largement, la réparation en nature résulte d'une jurisprudence constante. Elle est donc suffisamment prévisible.

C – La prévisibilité des exigences procédurales

198. La prévisibilité des mesures limitatives de la liberté de création est enfin critiquable en raison de l'étendue incertaine des exigences procédurales propres à la loi de 1881. En effet, la plupart des exigences procédurales issues de la loi de 1881 sont généralisées aux procédures civiles de la liberté d'expression. Les conditions strictes édictées par la loi de 1881 ont pourtant pour objectif de protéger les médias et les créateurs. Mais, l'application des prescriptions de la loi de 1881 aux procédures de droit commun contribue à rendre incertain le déroulement de la procédure. En particulier, le demandeur peut se voir débouter au motif qu'il n'a pas respecté les formes prévues par le droit de la presse. Dès lors, les incertitudes

⁴¹⁷ CA Versailles, 3 mai 2006, *Légipresse*, n° 234, 2006, III, 161, note T. HASSLER.

⁴¹⁸ TGI Paris, ord. réf., 11 janvier 2008, *Com com. électr.*, 2008, comm. 44, note A. LEPAGE.

⁴¹⁹ Cour EDH, 30 mars 2004, *Radio France c. France*, Requête Req. n° 53984/00, § 30.

⁴²⁰ Cour EDH, 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi Associes c. France*, Req. n° 71111/01, § 32.

⁴²¹ Cour EDH, 30 mars 2004, *Radio France, op. cit.*, § 30.

entourant les procédures relatives aux abus de la liberté d'expression conduisent-elle à les considérer conformes à l'exigence de prévisibilité des normes garantissant le procès équitable ?

199. Il n'est pas question ici de déterminer si les modalités procédurales répondent aux exigences du procès équitable. La question réside ici en la détermination du degré de prévisibilité des règles de procédure, indépendamment de leur conformité aux exigences de l'article 6§1 de la Convention EDH. D'ailleurs, la Cour EDH refuse de soumettre les procédures de référés aux obligations de l'article 6§1 au motif que ces procédures temporaires « *ne tendent pas à une décision sur des droits et obligations de caractère civil* »⁴²². Les exigences du procès équitable supposent une accessibilité et une prévisibilité nécessaire. Or, les incertitudes procédurales représentent un manquement à l'exigence de prévisibilité à l'encontre tant du défendeur que du demandeur. La prévision des règles de procédure est, par conséquent, insuffisante⁴²³.

200. La question de l'autonomie des procédures de presse se pose depuis les années 1960. Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile en date du 27 novembre 1963 prévoyait déjà un arbitrage entre les exigences du droit de la presse et celle du droit commun⁴²⁴. Pratiquement 50 ans plus tard, pour ne prendre qu'un exemple, la question de la légalité du mandat d'amener d'un directeur de publication est tranchée en vertu des dispositions du Code de procédure pénale alors que l'article 52 de la loi de 1881 prévoit une solution identique⁴²⁵. Ainsi, l'étendue des exigences du droit de la presse fait débat. L'exigence de prévisibilité nécessite pourtant que les justiciables puissent se reposer sur des règles stables.

§ 2 – Une exigence de sécurité : la légalité des procédures d'urgence en question

201. En plus de la célérité, la garantie de la liberté de création exige de la sécurité. Bien évidemment, il ne s'agit pas là d'une exigence propre à cette liberté. La sécurité est une exigence diffuse en matière de droits fondamentaux. Ici, l'exigence de sécurité est particulièrement importante dans la mesure où elle est la contrepartie de l'exigence de célérité. L'exigence de sécurité des procédures de défense de la liberté de création se

⁴²² Cour EDH, 28 juin 2001, *Maillard Bous c. Portugal*, Req. n° 41288/98, § 19.

⁴²³ Voy., dubitatif, H. LECLERC, « Les principes de la liberté d'expression et la Cour EDH », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, op. cit., p. 109, spéc. p. 112.

⁴²⁴ Cass. 2^{ème} civ., 27 novembre 1963, *Bull.* n° 772.

⁴²⁵ CA Paris, 4^e ch. instr., 15 mai 2009, RG n° 2008/06790, inédit, cité par Ch. BIGOT, « Un an de droit processuel de la presse », *Comm. com. électr.*, 2010, chron. 3, n° 12.

manifeste en particulier par une obligation de *prévision légale*. En effet, la meilleure garantie de sécurité des procédures est que celles-ci soient prévues par le législateur. Or, le principe de légalité des atteintes à la liberté du créateur est malmené dans deux situations. D'abord, les procédures de référé de droit commun reposent sur des normes de valeur réglementaire. Elles sont dès lors contestables au regard du principe de prévision légale (I). De plus, les pouvoirs de police confiés aux Ministres et aux Maires échappent au principe de légalité (II).

I – Le défaut de prévision légale des procédures de référé de droit commun

202. *Textes spéciaux : application du principe de prévision légale.* La procédure de référé représente le principal moyen d'action des victimes d'infractions de presse. Les atteintes aux droits fondamentaux de la personne sont difficilement réparables une fois l'information communiquée au public. Pour cela, certains textes spéciaux prévoient la compétence du juge des référés en cas d'atteinte aux droits de la personne par les médias. L'article 9 al. 2 du C. civ. prévoit un référé tendant à sanctionner les atteintes à la vie privée et droit à l'image. Ce texte a été introduit par la loi n° 70-643 du 19 juillet 1970. L'article 9-1 du C. civ., créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, instaure un référé protégeant la présomption d'innocence. L'article 6-I-8° loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique adapte la procédure de référé à Internet. Toutes ces procédures sont prévues par des textes de valeur législative.

203. *Les référés de droit commun.* À côté de ces textes spéciaux, les procédures de référés de droit commun sont prévues par les articles 808 et 809 du CPC. Ces procédures de référé de droit commun reposent sur des normes de valeur réglementaire. En effet, l'article 808 du CPC est prévu par l'article 73 du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971⁴²⁶. L'article 809 al. 1 du CPC résulte du décret n° 87-843 du 17 juin 1987. L'article 809 al. 2 du CPC est édicté par le décret n° 85-1330 du 17 décembre 1985. En outre, certaines mesures de référé sont le fruit de créations prétorienne. Par exemple, la jurisprudence admet la protection du droit à l'image, droit prétorien, par des mesures de référé⁴²⁷. De même, la protection en référé des atteintes à l'honneur ne trouve pas de base légale. Plus généralement encore, la Cour de cassation est intervenue à de très nombreuses reprises pour étendre le champ d'intervention du juge des référés⁴²⁸. La nature réglementaire des normes organisant la procédure de référé est justifiée à

⁴²⁶ JO du 11 septembre 1971, p. 9076, D. 1971, législation, p. 362.

⁴²⁷ CA Versailles, 13 mai 2009, n° RG 09/01682, Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2009, Bull. n° 184.

⁴²⁸ J. et X. VUITTON, *Les référés*, Litec, 2^e ed, p. 16 et s.

certain égard (A). Cependant, les exigences de qualité de la loi résultant des textes fondamentaux imposent une prévision légale de ces atteintes à la liberté de création (B).

A – Les justifications apparentes de la compétence réglementaire

204. *Les justifications sur le terrain des procédures de référé.* Trois arguments fondés sur la nature des procédures de référés sont avancés afin de justifier la valeur réglementaire des articles 808 et 809 du CPC. Tout d'abord, la valeur réglementaire serait justifiée par *l'urgence* à réparer le dommage⁴²⁹. Mais, ce raisonnement résulte d'une confusion entre l'exigence de légalité des restrictions aux droits fondamentaux et l'exigence de légitimité du but poursuivi par les restrictions aux droits fondamentaux⁴³⁰. L'urgence représente très certainement l'objet, ou le but, de la procédure des référés. La prévention d'une atteinte à un droit fondamental est d'ailleurs de nature à renforcer l'urgence. Cependant, la compétence du législateur en matière de droits fondamentaux résulte d'une exigence de qualité formelle de la loi. Le but poursuivi par la procédure de référé est la protection de droits de la personne (vie privée, droit à l'image, honneur...) et non la garantie de la célérité de la procédure.

205. Ensuite, la seconde justification de la nature réglementaire de la procédure de référé résulte du constat par le juge des référés du caractère illicite de l'atteinte⁴³¹. En pratique, le juge relève une cause illicite ou un trouble manifestement illicite. La validité du référé suppose que le juge constate l'illicéité de l'atteinte à la liberté d'expression. Par conséquent, la nature réglementaire importe peu car, en définitive, l'atteinte à la liberté d'expression repose sur une norme légale. Par exemple, la sanction en référé d'une atteinte à la vie privée repose sur l'article 9 du C. civ. Cette justification est séduisante. Mais elle se heurte néanmoins à la distinction des compétences du juge des référés et du juge du fond du droit⁴³². En effet, par principe, le juge des référés intervient sans faire « préjudice au principal ». Partant, la confusion entre les compétences du juge des référés et du juge du fond ne saurait justifier la valeur réglementaire des articles 808 et 809 du CPC.

⁴²⁹ Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, n° 286, J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Juge des référés au regard des principes procéduraires », *D.* 1995, chron., p. 67, E. DREYER, « Référé en matière de presse », *JCl Communication, op. cit.*, n° 58.

⁴³⁰ E. DREYER, « Référé en matière de presse », *JCl Communication, op. cit.*, n° 52.

⁴³¹ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé, op. cit.*, p. 209.

⁴³² E. DREYER, « Référé en matière de presse », *JCl Communication, op. cit.*, n° 120.

206. Enfin, la répartition des compétences du juge des référés relèverait du pouvoir réglementaire⁴³³. Traditionnellement, seule la procédure pénale et la procédure fiscale relèvent du domaine de la loi⁴³⁴. En revanche, la compétence du juge civil relèverait de la compétence réglementaire. Cependant, le Conseil d'Etat considère que la procédure civile relève de la compétence législative malgré le silence de l'article 34 de la Constitution⁴³⁵. Cet argument doit donc être écarté.

207. *La justification sur le terrain des droits fondamentaux.* La nature réglementaire des articles 808 et 809 du CPC a ensuite fait l'objet de justifications basées sur les droits fondamentaux. Un premier argument tend à démontrer la validité des atteintes à la liberté d'expression par les ordonnances de référé au motif de prévenir les *abus* de la liberté d'expression⁴³⁶. En effet, l'article 11 de la DDH prévoit que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme [...] sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ». Plus généralement, l'abus d'un droit ou d'une liberté est aujourd'hui largement admis. L'abus justifierait les atteintes aux droits fondamentaux par le juge des référés. Néanmoins, l'article 11 de la DDH prévoit que les abus sont déterminés par la *loi*. En outre, l'article 1382 du C. civ. pourrait venir palier les carences du raisonnement. La *loi* requise par l'article 11 de la DDH pourrait résider dans le principe général de responsabilité de l'article 1382 du C. civ.⁴³⁷. Mais, généralement, l'article 1382 du C. civ. n'est pas invoqué dans les procédures de référé visant à sanctionner des prérogatives spéciales des droits de la personnalité. D'ailleurs, la protection offerte par le droit spécial de la presse n'est pas cumulable avec le droit commun de la responsabilité.

208. Ensuite, l'objectif de protection de droits fondamentaux pourrait justifier le recours aux procédures de référé⁴³⁸. Selon ce raisonnement, la *loi* n'est pas nécessaire puisque le juge

⁴³³ E. DEZEUZE, « La procédure de référé à l'épreuve de la diffamation », *Légipresse* 1998, n° 151, II, p. 55, G. LECUYER, *op. cit.*, n° 184.

⁴³⁴ Cons. const., 87-149 L, 20 février 1987, cons. 16 et 17, Cons. const., 86-224 DC, 23 janvier 1987, cons. 15 et 16, C.E., Ass., 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie et a., Lebon*, p. 233.

⁴³⁵ CE, ass., 21 octobre 1994, *Sté Tapis Saint-Maclou, Rec.* 1995, p. 45 au sujet des conditions de l'action en référé devant le président du tribunal de grande instance, Voy. également V. TCHEN, « Domaines de la loi et du règlement », *JCI Administratif*, fasc. 106, 2008, n° 78.

⁴³⁶ KAYSER, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D.* 1989, chron., p. 11, spéc. p. 21, D. BOCCARA, « Légitimité du "référé-diffamation" et condition de légalité de ses prescriptions », *GP* 1995, doct., p. 271, M.-T. FEYDEAU, « Le référé de presse : une procédure hors la loi ? », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, Forum Légipresse, 30 septembre 1999, Editions Victoires, 2000, p. 71.

⁴³⁷ KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée*, PUAM, 3^e ed., 1995, p. 159, J.-F. BURGELIN, « Le référé et l'honneur bafoué d'un ministre », *D.* 1998, p. 154.

⁴³⁸ M.-T. FEYDEAU, « Le référé de presse : une procédure hors la loi ? », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, Forum Légipresse du 30 septembre 2000, Editions Victoire, 2000, p. 71, J.-P. GRIDEL et A. LACABARATS,

des référés est l'arbitre de la conciliation de deux droits fondamentaux. Par exemple, une demande en référé visant la protection de la vie privée sur le fondement de l'article 809 al. 1 du CPC a pour objet la protection du droit fondamental énoncé par l'article 8 de la Convention EDH⁴³⁹. Par conséquent, la nature décrétole de l'article 809 al. 1 du Code de procédure civile se trouve « compensée » par la nature conventionnelle de la protection de la vie privée⁴⁴⁰. Le même raisonnement a pu être tenu s'agissant de la protection de la vie privée avant l'introduction de la loi de 1970⁴⁴¹. Partant, la « réserve de droits fondamentaux » primerait la « réserve de loi ». Mais, l'invocation du but de protection des droits et libertés est une interprétation erronée du principe de l'effet horizontal des droits fondamentaux. L'effet horizontal direct suppose que les droits sont directement applicables entre personnes physiques. Or, la procédure des référés repose sur les articles 808 et 809 du CPC qui vise prévenir un dommage...et non à garantir des droits fondamentaux. L'effet horizontal des droits fondamentaux suppose l'application dans un ordre juridique d'une norme extérieure *sans l'intermédiation* d'une autre norme⁴⁴². Or, les procédures de référés sont fondées sur les articles 808 et 809 du CPC. On ne peut prétendre invoquer à la fois l'effet direct des droits fondamentaux et l'application du droit interne.

B – La fondamentalité de la compétence réglementaire en question

209. Depuis une vingtaine d'années, la jurisprudence applique aux procédures de référé les règles protectrices du droit de la presse. Ainsi, l'article 55 de la loi de 1881, instaurant un délai de 10 jours afin de prouver la vérité des faits diffamatoires est appliqué à la procédure de référé⁴⁴³. La même solution est appliquée aux prescriptions de l'article 53 de la loi de 1881⁴⁴⁴. Le bien fondé de cette jurisprudence résulte de l'application de l'adage *specialia*

« Droit à la vie privée et liberté d'expression : fond du droit et action en justice », *GP* 2002, p. 1632, P. AUVRET, *La liberté d'expression du journaliste et le respect dû aux personnes*, thèse, Paris 2, 1982, p. 1054.

⁴³⁹ Voy. par exemple : TGI Nanterre, ord. réf., 30 octobre 2008, n° R.G 08/02364, inédit : « *il résulte de la lecture de l'assignation que la demanderesse a fondé son action non seulement sur l'article 9 du code civil d'origine législative, mais aussi sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte que le moyen tiré de l'application de l'article 34 modifié de la constitution française doit être écarté* ».

⁴⁴⁰ Voy. en ce sens : TGI Nanterre, ord. réf., 30 octobre 2008, n° R.G. 08/02364, inédit, TGI Paris, ord. réf., 19 novembre 2008, n° RG 08/59153, inédit.

⁴⁴¹ KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁴² B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse, Limoges, 2006, n° 261.

⁴⁴³ Cass. 2^{ème} civ., 5 février 1992, affaire « Jean-Christophe Mitterand », *Bull. civ.* n° 44, *GP* 1992, jur. p. 216, *D.* 1993, jur. p. 53, note P. WACHSMANN, Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 1992, *Bull. civ.*, n° 92, Cass. 2^{ème} civ., 14 novembre 2002, *Légipresse* 2003, n° 198, III, p. 1, *JCP G* 2003, I, 1216, Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, *Bull.* 348.

⁴⁴⁴ Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 2002, *Bull.* n° 91, *LPA* 2002, n° 193, III, p. 121, note Ch. BIGOT, Cass. 2^{ème} civ., 6 février 2003, *Bull.* n° 30.

generalibus derogant. Or, les procédures de référé des articles 809 et 809 du CPC n'ont pas été prévues par le droit spécial de la presse⁴⁴⁵.

210. *L'incompétence réglementaire.* Enfin, l'invalidité des articles 808 et 809 du CPC résulte du principe de *réserve de loi*. En effet, l'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit la compétence de la loi en matière de droits fondamentaux⁴⁴⁶. Tel qu'il résulte de la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008, il prévoit que « *la loi fixe les règles concernant (...) les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias* ». Cependant, la liberté des médias était déjà comprise par la jurisprudence constitutionnelle relative à la liberté d'expression⁴⁴⁷. Quoi qu'il en soit, le Conseil constitutionnel a fait application de l'article 34 de la Constitution tel qu'il résulte de la réforme constitutionnelle. Il considère « *qu'il appartient au législateur, dans le cadre de la compétence que lui a ainsi reconnue le constituant, de fixer les règles relatives tant à la liberté de communication, qui découle de l'article 11 de la Déclaration de 1789, qu'au pluralisme et à l'indépendance des médias, qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle* »⁴⁴⁸. Les procédures de référés portent donc atteinte à la liberté d'expression et de création.

211. En outre, l'intervention du législateur a été jugée nécessaire dans certaines situations identiques relatives à la liberté d'expression⁴⁴⁹. Ainsi, le « référé-vie privée » de l'article 9 du C. civ. est prévu par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970. Le « référé-présomption d'innocence » de l'article 9-1 du C. civ. résulte de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. La réglementation du droit de réponse en matière audiovisuelle résulte de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1982. Partant, l'intervention du législateur est nécessaire dans des situations similaires. La Cour de cassation avait d'ailleurs préconisé le recours à la loi afin d'instituer le « référé-vie privée »⁴⁵⁰. Par conséquent, une intervention législative, appelée de ses vœux par

⁴⁴⁵ J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, pref. KAYSER, LGDJ, 1978, n° 415, p. 472.

⁴⁴⁶ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et constitution*, préf. FAVOREU, PUAM/Economica, 1997, p. 258, Voy. *contra* pour une acception matérielle de la « loi » : E. DEZEUZE, « La procédure de référé à l'épreuve de la diffamation », *Légipresse* 1998, n° 151, II, p. 55, G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., n° 184, P. MALAURIE, note sous TGI Paris, réf., 21 février 2002, « Amen », *JCP G* 2003, II, 10064.

⁴⁴⁷ G. CARCASSONNE, « Médias, une constitutionnalisation superflue ? », *D.* 2008, p. 2128.

⁴⁴⁸ Cons. const., 2009-577 DC, cons. 3, *D.* 2009, p. 884, note A. LEVADE.

⁴⁴⁹ A. DEBET, *L'influence de la convention européenne des Droits de l'homme sur le droit civil*, précit., p. 377.

⁴⁵⁰ SOLUS, « Le rapport de la Cour de cassation, année judiciaire 1968-1969 », *JCP* 1970, I, 2321.

une partie de la doctrine, est nécessaire afin de régulariser les procédures de référé de droit commun au regard des exigences constitutionnelles⁴⁵¹.

212. En définitive, l'intervention du législateur est nécessaire. L'introduction d'une QPC semble aussi en mesure de remettre en question l'état du droit. Dès lors, une QPC peut-elle remettre en cause une disposition réglementaire ? L'article 61-1 de la Constitution prévoit que seules les « dispositions législatives » font l'objet d'une QPC. Par conséquent, une analyse rapide pourrait laisser penser que les règlements ne peuvent faire l'objet d'une QPC⁴⁵². Mais, si le contrôle de l'empiètement du domaine réglementaire par loi semble exclu, le contrôle des incompétences négatives de la loi semble admis⁴⁵³.

II – L'absence de légalité des pouvoirs de police généraux et spéciaux

213. *Le régime des publications étrangères.* Le régime des publications étrangères a subi les foudres du principe de réserve de loi. En effet, la Police des publications étrangères reposait sur une disposition de valeur décrétole, le décret-loi du 6 mai 1939. En vertu de la jurisprudence *Compagnie Alitalia*, selon laquelle « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'irrégularité résulte des circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date »⁴⁵⁴, le Conseil d'État a enjoint le Premier ministre d'abroger ce texte⁴⁵⁵. Mais, le Conseil d'Etat ne s'est pourtant pas prononcé expressément sur ce motif pour demander au ministre d'abroger le texte. Il a préféré opérer un contrôle de conventionalité sur le terrain de la proportionnalité : « un tel pouvoir d'interdiction, malgré l'étendue du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles qui en font usage, est de nature à porter aux droits des intéressés au respect des libertés [...] une atteinte disproportionnée ». Il n'en demeure pas moins que la compétence du pouvoir

⁴⁵¹ M.-N. LOUVET, « Le référé en droit de la presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, p. 87, J. NORMAND, « Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre », *RTD Civ.* 1998, p. 975, E. DREYER, « Référé en matière de presse », *JCl Communication*, *op. cit.*, n° 44, A. LACABARATS, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *GP* 6-7 janvier 2006, doctr. p. 7.

⁴⁵² TGI Paris, réf., 19 novembre 2008, n° R.G. 08/59153, inédit.

⁴⁵³ M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁴⁵⁴ CE, Ass., 9 juillet 1997, *Compagnie Alitalia*.

⁴⁵⁵ CE, 7 février 2003, *GISTI*.

réglementaire était discutable⁴⁵⁶, et que le résultat aurait été identique sur le terrain de la constitutionnalité⁴⁵⁷.

214. *Le pouvoir général et le pouvoir spécial de Police.* Par opposition, le pouvoir de police, général et spécial, particulièrement celui du Premier ministre et du Maire, constitue une source d'atteinte à la liberté des créateurs. C'est le cas par exemple en matière d'interdiction d'un spectacle ou d'une exposition. Toute atteinte n'est pourtant pas prohibée. La nécessité de sauvegarde de l'ordre public autorise en effet certaines atteintes : les mesures de police visent la prévention des troubles à l'ordre public, que l'on a pu qualifier d' « ordre finalisé »⁴⁵⁸, en ce qu'il vise à garantir l'exercice des autres droits fondamentaux. Les mesures de police demeurent néanmoins soumises à un contrôle d'opportunité⁴⁵⁹. Elles doivent en effet viser la protection de l'ordre public⁴⁶⁰, entendu comme la sécurité publique, la salubrité publique, la tranquillité publique et la moralité publique⁴⁶¹.

215. La liberté de création est également limitée par l'exercice de pouvoirs de police spéciale. Jusqu'à son abrogation par le décret n°2004-1044 du 4 octobre 2004, le Ministre de l'Intérieur disposait d'un pouvoir de contrôle des publications étrangères. Ensuite, en vertu de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949, le ministre de l'Intérieur dispose d'un pouvoir de contrôle des publications étrangères destinées à la jeunesse. Les mesures de police administrative générale prises par les ministres et le maire ne reposent cependant sur aucune base constitutionnelle ou légale. En effet, la compétence de la police administrative résulte d'une « tradition jurisprudentielle »⁴⁶². Le Conseil constitutionnel considère ainsi que « l'article 34 de la Constitution ne prive pas le chef du Gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative »⁴⁶³. Pourtant, en principe, les pouvoirs de polices spéciales

⁴⁵⁶ A. FITTE-DUVAL et S. RABILLER, « Le déclin annoncé de la police des publications étrangères », *RFD Adm.* 2003, p. 972, spéc. p. 976, S. RABILLER, *Les restrictions administratives à la liberté de la presse*, Economica/PUAM, 2002, p. 136. et s.

⁴⁵⁷ P. MOUZET, « La fin annoncée du régime des publications étrangères », *RDP* 2003, p. 901.

⁴⁵⁸ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984.

⁴⁵⁹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. Lebon*, p. 541.

⁴⁶⁰ Cons. const., 2005-532 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 9. Le Conseil constitutionnel considère « que les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public ».

⁴⁶¹ CE, Sec., 18 décembre 1959, *Soc. Les films Lutétia*, *Rec. CE*, p. 693.

⁴⁶² D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2^e ed., 2008, p. 301.

⁴⁶³ Cons. const., 2000-434 DC, 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, cons. 19.

nécessitent une habilitation législative⁴⁶⁴. L'exercice du pouvoir de police administrative constitue donc une exception au principe de prévision légale des atteintes aux droits fondamentaux. L'exigence de *qualité de la loi* est donc ici insuffisante⁴⁶⁵.

Conclusion du Titre 1

216. Une « théorie générale » de l'acte de création : première étape. L'étude de la liberté de créer dans l'ordre des droits fondamentaux permet de dessiner l'esquisse d'une « théorie générale » de l'acte de création. La liberté de création est traditionnellement entendue comme une manifestation de la liberté d'expression. Cette assimilation est contestable. La production d'un bien créatif n'est en effet pas réductible à un « message ». L'acte créatif représente en réalité la production d'une chose immatérielle. Il relève davantage de la liberté « de faire ». Il représente en ce sens une manifestation de la liberté du commerce et de l'industrie. En outre, l'acte créatif possède ses propres caractéristiques. Il a notamment pour objet de transmettre une connaissance ou de divertir. La fonction essentielle de la liberté de création se détache ainsi de celle de la liberté d'expression, conçue comme une garantie de l'Etat de droit et de la démocratie. La conception de l'acte créatif par le droit français et européen demeure fermement attachée à celle des « messages » d'information et d'opinion. Cette conception est insuffisante.

217. La pleine effectivité de la liberté de création supposerait de reconnaître ses spécificités. Le droit comparé montre que de nombreuses Constitutions étrangères proclament ensemble la liberté des arts et la liberté des sciences. Ces libertés sont nettement distinguées de la liberté d'expression. Elles partagent la caractéristique de protéger un acte créatif. Elles représentent ainsi des composantes de la liberté de création. Il est donc nécessaire d'envisager d'abord la liberté de création de façon distincte de la liberté d'expression, pour ensuite admettre ses spécificités. Loin de « multiplier » les droits fondamentaux, l'individualisation de la liberté de création permet de rendre compte des actes créatifs.

⁴⁶⁴ Cons. const., n° 87-149 L, 20 février 1987, cons. 7.

⁴⁶⁵ Selon Mme Rabiller, la nécessité de préserver l'ordre public supplée l'exigence de légalité. Cet artifice de raisonnement permet selon l'auteur de justifier une solution largement admise, mais pourtant contraire aux principes de limitation des droits fondamentaux (S. RABILLER, *Les restrictions administratives à la liberté de la presse face aux exigences constitutionnelles et européennes*, op. cit., p. 71).

Titre 2 – LA LIMITATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉER

218. *Une liberté limitée.* Chacun peut librement imaginer et inventer en son for intérieur. La création est d'abord une activité de représentation purement intellectuelle. La créativité humaine ne souffre alors d'aucune limite. Toutefois, l'expression de la créativité n'est pas totalement libre. La diffusion de la création est en effet susceptible de provoquer des dommages à autrui ou de troubler l'ordre public. Traduit dans la sphère des droits fondamentaux, cela signifie que la liberté de créer n'est pas une liberté absolue. Qu'elle soit attachée à la liberté d'expression ou à la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de création est nécessairement une liberté limitée, relative⁴⁶⁶. La question est donc de déterminer les moyens par lesquels la créativité est limitée dans l'ordre des droits fondamentaux.

219. *SLAPP et chilling effect.* Les limites de la liberté de création sont nombreuses et variées. Certaines mêlent des problématiques morales et juridiques, à l'instar des questions bioéthiques, telles que celles sur la recherche à partir des cellules souches. D'autres limites visent à protéger les droits d'autrui. C'est le cas des droits de la personnalité, tel que le droit à la vie privée ou la diffamation. Cependant, leur mise en œuvre est parfois motivée par la recherche de gains financiers ou s'inscrit plus largement dans une stratégie de procès. Ce détournement de la fonction sociale des droits de la personnalité s'inscrit en particulier dans une stratégie d'action destinée à réduire au silence (on parle de *Strategic lawsuit against public participation* ou *SLAPP*). D'autres normes encore tendent à assurer la protection des intérêts des entreprises. Il s'agit par exemple des droits de propriété intellectuelle. Encore une fois, leur mise en œuvre ne correspond pas toujours à leurs fonctions sociales. Par exemple, la multiplication des dépôts de brevets de la part de certains acteurs du marché a notamment pour but de décourager les concurrents. Les risques de se voir opposer une action en contrefaçon peut conduire à geler des opérations de recherche et développement. On parle alors de *blocking patents* ou de « brevets camelote ». La créativité se trouve ainsi freinée en amont du processus créatif : la grande variété des risques conduit à « geler » la créativité. Le risque est de produire ce que les anglo-saxons nomment un *chilling effect*, c'est-à-dire une situation dans laquelle le créateur demeure paralysé par la peur de la sanction⁴⁶⁷. Tous ces

⁴⁶⁶ Cf. n° 102 et s.

⁴⁶⁷ Cette expression a notamment été utilisée par le juge Brennan en 1965 dans l'affaire *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965). Voy. pour une analyse : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., n° 936 et s.,

exemples ont en commun de souligner les dangers de la multiplication incontrôlée des limites de la liberté de créer.

220. *L'identification des limites.* L'effectivité de la liberté de créer suppose ainsi que ses limites soient strictement encadrées. Le créateur doit pouvoir connaître précisément les risques de ses activités créatives. Dès lors, quelles sont les limites de la liberté de créer ? Ensuite, à supposer que la problématique de la limitation de la créativité mérite des réponses particulières, comment les traduire juridiquement ?

221. *La créativité et le résultat de la création.* La problématique de la limitation de l'acte créatif se distingue de celle de la limitation portant sur les droits relatifs au bien créatif (que nous étudierons dans la Partie II). L'acte de création est une action humaine, tandis que le bien créatif est un objet. La limitation apportée à ces deux facettes de la création repose sur des dynamiques distinctes. Desbois résume parfaitement la distinction entre les droits *sur* la création et la limitation de la liberté de création : « un État qui s'avise de soumettre à des servitudes la diffusion d'ouvrages, qu'il estime attentatoire, à une morale officielle ou préjudiciable à sa politique [...] n'a cure de l'originalité du développement »⁴⁶⁸. Les droits fondamentaux soulignent de façon nette ces différences. En effet, les limites de la liberté de créer sont différentes de celles du droit de propriété sur le bien créatif (**Chapitre 1**). De plus, les moyens de concilier la liberté du créateur avec les autres droits fondamentaux repose sur une logique propre (**Chapitre 2**).

E. MEYERS, « Art on ice : The chilling effect of copyright on artistic expression », *The Colombia Journal of Law and the Arts*, Vol. 30, n° 2, 2007, p. 217.

⁴⁶⁸ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 475.

Chapitre 1 – La légitimité des restrictions

222. *Les matériaux de la création.* L'acte de création est une activité limitée. Les limites de l'acte créatif résident dans les « matériaux » utilisés par le créateur. Ils désignent toutes les idées, les choses ou les objets mis en œuvre par l'acte de création. L'examen des matériaux de la création repose sur le postulat selon lequel l'acte de création est un « processus collectif »⁴⁶⁹. L'acte créatif n'est jamais un acte individuel et isolé. Un inventeur utilise par exemple les créations d'autrui afin de parfaire la sienne. Un photographe met en scène les objets de son environnement. Dès lors, la question de la limitation de la liberté de créer suppose de déterminer la liste des matériaux illicites de l'acte de création. Ainsi, peut-on créer à partir des biens d'autrui, du corps humain, d'un cadavre ou encore d'animaux ? Avant de proposer une méthode de distinction grâce aux droits fondamentaux, il convient de justifier le traitement séparé des « matériaux de la création » et des limites au résultat de la création.

223. *L'acte créatif et le résultat de la création.* Le choix de distinguer les matériaux prohibés selon qu'ils touchent à l'acte de création ou au résultat de la création découle du constat qu'ils reposent sur des logiques différentes. En effet, la détermination des matériaux de la création ne relève pas de la question de l'appropriabilité. Par exemple, certains usages du résultat de la création peuvent être licites (en vertu de l'exception de copie privée par exemple) tandis que d'autres constituent des actes de contrefaçon. De même, la licéité des créations biotechnologiques ne dépend pas de leur appropriabilité.

224. *Les matériaux exclus et les matériaux autorisés.* Il existe différentes méthodes juridiques permettant de dresser la liste des matériaux licites de l'acte de création. Il a été ainsi proposé de recourir à l'outil de la qualification des droits et intérêts en présence⁴⁷⁰. L'avantage de cette méthode est son apparente objectivité. Le conflit se résout par lui-même grâce à une qualification *a priori*. En somme, les droits fondamentaux priment par principe les droits garantis par une norme inférieure hiérarchiquement. Cette méthode ne correspond cependant pas à la réalité des droits fondamentaux, fondée sur le principe de réserve de loi (qui signifie que des normes de valeur législative peuvent légitimement limiter des droits fondamentaux). Parmi les autres méthodes, il a été proposé de distinguer les matériaux de la

⁴⁶⁹ G. GAGLIO, *Sociologie de l'innovation*, op. cit., p. 35.

⁴⁷⁰ J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustration dans le champ des propriétés incorporelles*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2009. L'auteur propose de résoudre les conflits de droits à l'aide de l'outil hiérarchique, la qualification des droits devant déterminer leur rang hiérarchique.

création selon qu'ils mettent en cause les droits d'autrui ou qu'ils relèvent de la catégorie des droits extracommerciaux⁴⁷¹. Cette méthode porte ainsi en germe une distinction entre les droits disponibles et indisponibles. Elle s'accorde assez bien avec celle proposée par les droits fondamentaux : certains droits fondamentaux sont en effet absolus, justifiant que certains matériaux soient exclus de l'action de création (**Section 1**). Au contraire, d'autres sont relatifs, autorisant leur usage dans l'acte de création (**Section 2**).

Section 1 – Les droits fondamentaux intangibles : les matériaux interdits

225. *La « liste noire » des matériaux interdits au créateur.* Existe-t-il des matériaux impérativement exclus des activités créatives ? Quelles sont les choses à partir desquelles le créateur ne peut exercer aucune activité créative ? Répondre à ces questions conduit à l'élaboration d'un « ordre public » des activités créatives. Mais comment dresser la liste des matériaux prohibés aux activités créatives ? Un premier critère réside dans la notion de choses hors commerce. Définies par l'article 1128 du C. civ. comme des choses qui ne peuvent pas faire l'objet de conventions, il s'agit en réalité des biens qui « échappent à l'activité juridique »⁴⁷². Partant, ces choses seraient indisponibles à l'acte de création. Par exemple, les droits attachés à la personne, les substances interdites, le domaine public, les sépultures ou les marchandises contrefaites⁴⁷³ sont des choses hors du commerce, et donc soustraites aux activités créatives. Le contenu de cette catégorie demeure cependant débattu en doctrine⁴⁷⁴. De plus, comme nous allons le voir, les droits fondamentaux permettent une analyse plus rigoureuse, notamment grâce aux notions de noyau dur et de dignité.

226. *Les matériaux interdits par les droits fondamentaux.* Les droits fondamentaux permettent de définir l'étendue de la création licite. Ils permettent de tracer une frontière entre le domaine de la création licite et celui de la création illicite. Ils offrent ainsi une « liste noire » des matériaux exclus de l'acte de création : ils prévoient une interdiction absolue de porter atteinte à certaines choses sur lesquelles portent des droits et intérêts constituant le « noyau dur » des droits fondamentaux (§1). En outre, le concept de dignité est aujourd'hui

⁴⁷¹ S. JOLY, *Création artistique et ordre public*, thèse Montpellier, 1999, p. 184 et s.

⁴⁷² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^e ed., 2008, n° 24.

⁴⁷³ Cass. com, 24 septembre 2003, *D.* 2003, p. 2683, note Ch. CARON, *RTD Civ.* 2004, p. 117, note Th. REVET, confirmé par Cass. com, 20 mars 2007, n° 05-13.074.

⁴⁷⁴ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47, spéc. p. 55, Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, n° 73. *Contra* F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 26, F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002, p. 57 et s.)

devenu incontournable. Partant, la liste des choses offertes à l'acte de création subit la montée en puissance de la notion de dignité (§2).

§ 1 – Le noyau dur des droits fondamentaux

227. *L'intangibilité du noyau dur des droits fondamentaux.* Certaines restrictions à la liberté de création sont intangibles⁴⁷⁵. Bien que garanti par la liberté de création, l'acte de création ne saurait méconnaître certains droits fondamentaux. La référence au noyau dur des droits fondamentaux permet de déterminer une « liste » de matériaux exclus de la création.

228. *La personne humaine.* Le noyau dur des droits fondamentaux est constitué de certains droits particulièrement importants, à l'instar du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et la prohibition de l'esclavage⁴⁷⁶. Ces droits visent à garantir le respect et l'intégrité de la personne humaine. L'acte de création peut heurter certains de ces droits intangibles. En particulier, deux matériaux sont exclus de l'acte de création : le corps humain et le cadavre (I). En contrepoint, la théorie de l'autonomie personnelle milite en faveur de l'extension de la liberté de créer dès lors que les personnes ont manifesté leur consentement (II).

⁴⁷⁵ L'intangibilité vise d'abord la notion de « noyau dur » des droits fondamentaux (P. MEYER-BISCH « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in P. MEYER-BISCH (Dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg, Ed. Universitaires Fribourg, 1991, p. 98, S. MARCUS HELMONS (Dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, Bruylant, 1999, L. HENNEBEL, « Les droits intangibles », in *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 195 et s.). On parle parfois de « droits premiers » pour évoquer la hiérarchie des droits fondamentaux (J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 61 et s.) ou de « droits intangibles » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « droit fondamental », 10^e ed., 2011, n° 143 et s.). Voy. les critiques de la notion d'intangibilité : P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP* 2006, n° 4, spéc. p. 997 : L'auteur considère que l'intangibilité est une notion trop rigide, incompatible avec le contrôle de proportionnalité, et dont le fondement repose sur un raisonnement circulaire, dans la mesure où le régime d'intangibilité est déduit du régime des droits. La question de l'intangibilité des restrictions évoque également d'autres notions : d'abord, l'intangibilité s'apparente à la notion de « limites aux limites » en droit allemand : l'article 19 al. 2 de la Loi fondamentale dispose que « en aucun cas il ne doit être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental » (Voy. Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 127, D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préf. M. FROMONT, LGDJ, 2001, p. 166). Ensuite, l'intangibilité des droits fondamentaux est un concept utilisé en droit international public (F. POIRAT, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'Etat », *Droits* 1/1993, n° 16, p. 83).

⁴⁷⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 207, D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986, n° 269, L. HENNEBEL, « Les droits intangibles », in *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 195. Ainsi, l'article 15 §2 de la Convention EDH prévoit que les droits énoncés aux articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 4 §1 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé) et 7 (pas de peine sans loi) sont indérogeables.

I – Le corps humain et le cadavre

229. Le corps humain et le cadavre sont des matériaux de la création artistique ou industrielle⁴⁷⁷. C'est le cas par exemple en matière de bioéthique et de happening. Dans quelles mesures est-il de possible de créer à partir du corps humain? Afin d'y répondre, il faut au préalable cerner la problématique de la création à partir du corps humain (**A**). Une fois celle-ci exposée, la protection vigoureuse du corps humain par les droits fondamentaux conduit à exclure ce matériau de l'acte de création licite (**B**).

A – Position du problème

230. Afin de cerner la problématique de la création à partir du corps humain, il convient dans un premier temps d'exposer la protection du corps humain par les droits fondamentaux, puis dans un second temps de démontrer en quoi la problématique du corps humain dans l'acte de création diffère de celle de son appropriabilité.

231. *La protection du corps humain par les droits fondamentaux.* Les droits fondamentaux protègent le corps humain avec une certaine vitalité. En particulier, la Convention EDH offre une protection au corps humain à travers le droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Ainsi, l'article 2 proclame que « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi* ». Elle prévoit également la protection du corps humain à travers l'article 3 : « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains et dégradants* ». Le corps humain fait l'objet d'une protection par le droit européen à travers la Charte DFUE. Les articles 1 à 5 protègent la « dignité » de l'être humain. Le corps humain fait l'objet d'une protection à travers les articles 2 (droit à la vie) et 3 (droit à l'intégrité de la personne) de la Charte. Le droit international des droits de l'homme propose également un certain nombre d'instruments visant à protéger la dignité du corps humain, à l'instar de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine de 1997 (Convention dite « d'Oviedo ») et de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme signée à l'UNESCO le 19 octobre 2005.

⁴⁷⁷ Une réflexion pourrait également être menée à partir des animaux (Voy. pour des exemples de création artistique à partir d'animaux : les artistes Sun Yuan et Peng Yu, Adel Abdessemed, Damien Hirst, Wim Delvoye, plus généralement : B. DENIS-MOREL, « L'animal à l'épreuve de l'art contemporain : le corps comme matériau », *Sociétés et représentations*, 2009/1, n° 27). Toutefois, le statut des animaux dans les droits fondamentaux ne paraît pas suffisamment développé. En toute hypothèse, il n'entre pas dans le noyau dur des droits fondamentaux.

232. *Le Code civil, siège de la protection du corps humain.* Le droit interne français prévoit également une protection en faveur du corps humain. Celle-ci est organisée par le Code civil⁴⁷⁸. Il prévoit un arsenal de règles d'ordre public visant le « *respect du corps humain* ». Les articles 16 à 16-13 du C. civ. organisent le régime protecteur du corps humain à travers plusieurs principes : indisponibilité, non-patrimonialité et respect du corps humain. Le législateur déduit de ces principes un certain nombre d'applications particulières, comme la réglementation sur la recherche génétique et de l'interdiction de la gestation pour autrui. Le droit civil représente ainsi une véritable source de droits fondamentaux sur le corps humain. Sa protection tend plus largement à garantir le respect de la personne humaine⁴⁷⁹. Le corps humain est indisponible car il représente le support de la personne. Il est une « chose sacrée » car la personne humaine est sacrée. Il ne peut pas fait l'objet d'un commerce juridique car la personne humaine échappe aux échanges⁴⁸⁰.

233. *L'acte et le résultat de la création.* Le corps humain est susceptible d'entrer dans l'acte de création. Il peut constituer un matériau de la création. Toutefois, il ne faut pas confondre la problématique de l'*utilisation* du corps humain dans le *processus créatif* et celle de l'*appropriation* du corps humain ou de ses éléments. La distinction entre l'acte de création et le résultat de la création trouve ici une application : envisager le corps humain dans l'acte de création doit être distingué de la question de son appropriabilité.

234. *L'acte de création sans propriété.* En premier lieu, l'utilisation du corps humain dans la création ne signifie pas que le résultat de la création sera approprié. Il est nécessaire de bien souligner cette différence car les questions de l'utilisation du corps humain et de son appropriation relèvent de deux logiques différentes : l'acte de création à partir du corps humain poursuit un but scientifique, artistique ou autres. En revanche, l'appropriation de la création à partir du corps humain relève de la logique marchande. Dès lors, le résultat de la création ne sera pas approprié en vertu du principe de non-patrimonialité du corps humain⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ J.-P. DUPRAT, « Le statut juridique du corps humain : une construction progressive », *LPA* 3 juillet 1996, n° 80, p. 4. Aujourd'hui, seul le principe de dignité fait l'objet d'une reconnaissance par le Conseil constitutionnel depuis la décision « bioéthique » (Cons. const., 27 juillet 1994, déc. 343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*).

⁴⁷⁹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e ed, 2006, n° 228.

⁴⁸⁰ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47 et s., H.-Ph. VISSER'T HOOFT, « Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques », in *Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, 1979, p. 87 et s.

⁴⁸¹ La non-patrimonialité du corps humain est affirmée par les articles 16 à 16-9 du C. civ. .

En revanche, l'utilisation du corps humain dans l'acte de création ne mobilise pas la problématique de son appropriation. Partant, il s'agit de deux problématiques différentes.

235. *L'exemple de la bioéthique.* Cette différence de traitement du corps humain selon que l'on se trouve dans la phase de l'acte de création ou du résultat de la création est particulièrement importante en matière de bioéthique. En effet, la réalisation d'un acte de création à partir du corps humain est en principe autorisée⁴⁸². Il est cependant strictement encadré par le biais des principes d'inviolabilité et d'extra-patrimonialité du corps humain et de ses produits⁴⁸³. La limitation de l'acte de création renvoie alors à la limitation de la liberté de la recherche⁴⁸⁴. La question de la liberté de la recherche est toutefois distincte de celle de l'appropriation du corps humain ou de ses éléments⁴⁸⁵. En effet, l'article 16-1 du C. civ. pose un principe de non-patrimonialité du corps humain et l'article L.611-18 du CPI prévoit que « *le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables* »⁴⁸⁶. Par exception, il est possible de breveter une invention constituant « *l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain* »⁴⁸⁷. Il faut donc distinguer le matériau de la création (le corps humain ou ses éléments) et la propriété de la création issue de ces matériaux⁴⁸⁸.

236. *L'étendue respective de l'acte de création et du résultat de la création.* L'exemple de la bioéthique illustre parfaitement le décalage de traitement entre l'acte de création et le résultat de la création. Le raisonnement pourrait d'ailleurs être mené jusqu'à son paroxysme :

⁴⁸² L'objet des lois « bioéthiques » est notamment de déterminer les « matériaux » de la recherche biomédicale. Par exemple, l'autorisation de la « création » d'embryons à des fins thérapeutiques. Au contraire, le refus de la création de clones (le Parlement a adopté le 15 janvier 1998 une résolution sur le clonage dont l'article 1^{er} interdit « toute intervention ayant pour but de créer un être génétiquement identique à un autre être humain »). Voy. sur ces questions de création à partir du corps humain : D. THOUVENIN, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », *D.* 2005, p.116.

⁴⁸³ L'article 16-1 dernier alinéa du C. civ. dispose que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

⁴⁸⁴ S. PARICARD, « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », *RDSS* 2009, p. 98.

⁴⁸⁵ Bien évidemment, les questions de l'étendue du domaine de la recherche licite et de l'étendue de la propriété sur le résultat de la recherche sont liées car le brevet est un instrument incitatif de la recherche : Voy. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine », *RTD eur.* 2009, p. 21.

⁴⁸⁶ Voy. également la très riche jurisprudence de l'OEB relative à la brevetabilité des cellules souches embryonnaires : OEB, Gr. ch., 25 novembre 2008, *D.* 2009, p. 578, obs. J.-Ch. GALLOUX.

⁴⁸⁷ Voy. parmi une importante littérature : J.-Ch. GALLOUX et E. GUTMANN, « La protection des inventions biotechnologiques selon la loi du 6 août 2004 : du génie génétique à la tératogénie juridique », *Propri. intell.* oct. 2004, n° 13, p. 871, H. GAUMONT-PRAT, « La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches », *D.* 2005, p. 3087, Ch. BYK, « Bioéthique, universalisme et mondialisation, la dynamique des contradictions », *JCP G* 2005, 315.

⁴⁸⁸ B. EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », *D.* 1989, chron. p. 225, spéc. p. 227 dénonçant « l'aporie du droit de propriété » que représente la création à partir de tissus humains.

si le clonage (acte de création) était un jour autorisé, le clone ne serait pas la « propriété » d'une personne. Les restrictions à la liberté de la recherche ne sont pas identiques à celles portant sur le droit de propriété sur la création. Cette distinction est également valable en matière artistique. En effet, le corps humain peut faire l'objet d'une création dès lors que la personne y consent. Par exemple, l'artiste Orlan fait de son propre corps une œuvre d'art par le moyen d'opérations chirurgicales (il s'agit ici de la question de l'étendue de la liberté de l'acte de création). L'artiste n'est cependant pas « propriétaire » de ces modifications (il s'agit ici de la question de l'étendue du droit de propriété). La liberté de la recherche et la liberté de création artistique sont identiques de ce point de vue. Ce point commun justifie notamment leur proclamation commune par le PIDCP, la Charte DFUE et par plusieurs Constitutions étrangères.

B – La prohibition de créer

237. *Les matériaux interdits.* L'acte de création prend appui sur des matériaux : la créativité doit évidemment se « nourrir » de choses ou d'idées existantes⁴⁸⁹. Le créateur puise dans le fonds commun des idées et dans les expériences d'autrui (c'est le principe de la recherche scientifique). Il s'appuie sur un certain nombre de matériaux, objet de sa créativité, tel que le corps humain, l'image d'autrui, les dogmes religieux, etc. L'acte de création est donc limité par les droits attachés à ces matériaux. Les droits fondamentaux offrent ainsi une liste des matériaux ne pouvant pas entrer dans l'acte créatif. Il s'agit du noyau dur des droits fondamentaux.

238. *La représentation et la création à partir du corps humain.* Le corps humain devrait logiquement être considéré comme un matériau interdit. Sa protection forme, en effet, le noyau dur des droits fondamentaux. Pour déterminer l'étendue de la prohibition, une distinction préalable est nécessaire. Il ne sera pas ici question de la *représentation* du corps humain dans la création (par des films de cinéma, la photographie, le théâtre, etc...), cette question reposant sur la problématique différente de la création *à partir* du corps humain : le corps humain ne subit pas d'atteinte directe lorsqu'il est représenté. Nous verrons plus loin que sa représentation peut cependant porter atteinte à sa dignité.

⁴⁸⁹ B. EDELMAN, « Création et banalité », *D.* 1983, chron., p. 74. L'auteur considère que le créateur ne « crée » pas car il ne fait que découvrir ce qui existe déjà dans la nature. Le point de vue de l'auteur paraît toutefois excessif dans la mesure où, par définition, le créateur fait acte de création. Il faut néanmoins convenir que l'acte de création se nourrit de matériaux existants.

239. *La transformation du corps humain par la création.* La transformation du corps humain comporte de multiples dangers : souffrance, douleur, infirmité, mutilation, dénaturation des caractéristiques génétiques, etc... Par exemple, certains mouvements artistiques, à l'instar du *body art*, revendiquent la transformation du corps humain⁴⁹⁰. Dans le même sens, la recherche scientifique sur le génome peut impliquer de transformer la matière génétique humaine. Plus avant, les dangers de la création à partir du corps humain se traduisent par deux phénomènes connexes : la réification et l'instrumentalisation du corps humain.

240. *La réification et l'instrumentalisation du corps humain.* La question de la réification du corps humain apparaît en effet lorsqu'il est utilisé comme instrument de travail. Elle est évoquée en matière de lancer de nain⁴⁹¹, de prostitution⁴⁹², de gestation pour autrui⁴⁹³ ou encore concernant le corps des sportifs⁴⁹⁴. Dans tous ces cas, le corps humain est instrumentalisé en vue d'accomplir une activité. L'acte de création se heurte alors à la problématique de l'instrumentalisation du corps humain⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Les « arts corporels » sont ceux « où le corps même de l'artiste sert de matériau à l'œuvre d'art » (voy. ce mot in *Vocabulaire d'esthétique*). D'une manière générale, le corps est l'instrument de nombreuses activités artistiques (danse, comédie, chant, *happening*, etc...). Cependant, l'utilisation du corps humain pose davantage de difficultés lorsque le corps est mutilé ou modifié. Par exemple : les performances de Stelarc, Chris Burden, Carolee Schneeman, Gian Pane, Cindy Sherman, Journiac, David Wojnarowiz, Mike Kelley, les transformations corporelles de Mathew Barney et Orlan, les sculptures de Marc Quinn, les exposition de Louise Bourgeois, ou encore la « vente en viager » de la vie de Boltanski. Voy. parmi une importante bibliographie juridique : *Le corps humain et le droit*, Trav. de l'Ass. Capitant, T. XXVI, 1977, J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993, S. JOLY, « Le corps humain, œuvre d'art ? », *op. cit.*, N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Economica, 2005, B. EDELMAN, « La création dans l'art contemporain », *D.* 2009, p.38, et non-juridique : *Corps et arts. Séminaire Interarts de Paris 2007-2008*, Klincksieck, 2010, S. KORFF-SAUSSE, « Les corps extrêmes dans l'art contemporain. Entre perversion et créativité », *Champs psychosomatique*, 2004, n° 35, p. 61, J. CLAIR, *De Immundo*, Paris, Galilée, 2004, D. BARON, *Corps et artifices, de Cronenberg à Zpira*, L'Harmattan, 2007, E. SOURIAU, *Vocabulaire d'esthétique, op. cit.*, T. WARR, *Le corps de l'artiste*, Phaidon, 2005

⁴⁹¹ G. LEBRETON, « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *D.* 1996, p. 177.

⁴⁹² S. RETTERER, « L'activité de prostitution exercée à titre indépendant : une activité économique au sens du droit communautaire », *D.* 2002, p. 2144.

⁴⁹³ La gestation pour autrui est interdite par l'article 16-7 du C. civ. : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Le débat, toujours vif sur cette question, est souvent placé sur le terrain de la réification du corps des femmes : A. MIRKOVIC, « La maternité pour autrui. Rapport d'information de la commission des lois du Sénat n° 421, 25 juin 2008 », *D.* 2008, p. 1944, M.-C. LE BOURSICOT, « Vrais enfants au-delà de l'Atlantique, faux enfants en deçà... », *RJPF* 2011.

⁴⁹⁴ F. RIZZO, « A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié », *LPA* 20 juin 2005, n° 121, p. 4, J. MESTRE, « Contrats sportifs et droit des obligations », in *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, G. SIMON (Dir.), PUF, 2003, p. 23.

⁴⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583.

241. *L'expérimentation médicale et scientifique sur le corps humain.* Le corps humain est également un matériau privilégié de la recherche scientifique et médicale⁴⁹⁶. Il l'objet d'expérimentations pour créer de nouveaux médicaments ou des nouvelles techniques. En cela, le corps humain est un matériau de l'acte de création. Malgré l'existence du droit fondamental au respect du corps humain, celui-ci est entré dans le champ de l'expérimentation scientifique⁴⁹⁷. En effet, les lois bioéthiques autorisent dans une certaine mesure l'utilisation du corps humain en tant qu'instrument au service de la créativité des scientifiques et des médecins⁴⁹⁸. Ainsi, la loi du 6 août 2004 (codifiée à l'article L.2151-5 du CSP) autorise la recherche sur l'embryon et les cellules souches. De même, la recherche génétique est autorisée par les articles L.1243-3 et s. du CSP. Dès lors, comment expliquer que la protection du corps humain soit au cœur des droits fondamentaux et que l'expérimentation sur celui-ci soit autorisée ? La réponse est simple : le consentement de la personne, et ainsi de l'autonomie de la volonté, explique l'entrée du vivant dans le champ de la création⁴⁹⁹. Ainsi, tous les actes d'expérimentation sur le corps humain ou ses éléments supposent de recueillir le consentement de la personne.

242. *L'expérimentation animale.* Les animaux sont également des matériaux privilégiés de l'expérimentation scientifique et médicale. Suivant la logique des droits fondamentaux, l'expérimentation animale est licite dans la mesure où leur protection n'entre pas dans le noyau dur. Une importante liberté de recherche scientifique est d'ailleurs admise en la matière⁵⁰⁰. Il s'agit cependant d'une liberté limitée par le respect des méthodes scientifiques et du bien-être animal⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Nous n'envisageons ici que l'utilisation du corps humain en tant que moyen de réaliser une création intellectuelle, c'est-à-dire en tant que matière expérimentale. Cependant, le corps humain est aussi un instrument de création en tant que tel. Cette seconde hypothèse évoque les questions relatives à la procréation pour autrui et de la procréation médicalement assistée. Sur ces questions : J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme. De quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1987.

⁴⁹⁷ J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, préf. C. LABRUSSE-RIOU et postface B. BEIGNIER, Le Monde / PUF, 2002, p. 17 et s., F. BELLIVIER, L. BRUNET, M.-A. HERMITTE, C. LABRUSSE-RIOU et Ch. NOIVILLE, « Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français », *RIDC* 2006, n° 2, p. 275.

⁴⁹⁸ Le corps humain n'est cependant pas un matériau totalement libre de créativité. Le clonage reproductif et thérapeutique est par exemple interdit par la loi du 6 août 2004.

⁴⁹⁹ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, spéc., p. 71 et s. et p. 111 et s.

⁵⁰⁰ J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, Préf. Cl. LOMBOIS, PUF, 1992, p. 338, J. SEGURA-CARISSIMI, « Expérimentation animale et protection des animaux. Etude et perspectives », *GP* 19 août 2009, n° 219, p. 6.

⁵⁰¹ La réglementation de l'expérimentation animale repose sur la Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques du 18 mars 1986, la Directive n° 86/609/CEE du Conseil du 24 novembre 1986 et les articles 521-1 al. 1 et 521-2 du Code pénal.

243. *Le cadavre.* Un acte de création implique une modification ou une transformation du cadavre qui heurte son respect. Mais, à l'instar du corps humain vivant, le cadavre fait l'objet d'une protection vigoureuse. La liberté de disposer de ces « choses sacrées » est fortement limitée⁵⁰². Ainsi, l'article 16-1-1 du C. civ., modifié par la loi du 19 décembre 2008, prévoit que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* », et que « *les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». Cette disposition prolonge la protection et le respect du corps humain après la mort. L'utilisation de cadavre dans la création artistique a fait l'objet de plusieurs affaires récentes. Leur exposition dans des musées est une première source d'interrogation. Cette problématique évoque immédiatement deux affaires bien connues. La première affaire mettant en cause l'exposition de restes humains concerne la « *Venus Hottentote* », du surnom de Saartjie Baartman, une sud-africaine au corps difforme, dont les restes ont été exposés au musée de l'Homme à Paris⁵⁰³. La seconde affaire est celle des « *têtes maories* » conservées au musée de la Ville de Caen⁵⁰⁴. Toutefois, ces deux affaires soulèvent davantage des problématiques de domanialité publique⁵⁰⁵ et de restitution aux pays d'origine⁵⁰⁶. D'ailleurs, ces deux affaires ne concernent pas directement l'acte de création : ici les restes humains ne sont pas utilisés comme matériaux de la création. Ils sont simplement exposés. Toutefois, l'acte « d'exposer » constitue dans une certaine mesure un acte de création. La théorie esthétique enseigne en effet que le fait de « nommer » ou « d'exposer » une chose est un acte de création. C'est le cas par exemple des *ready made*, ces objets du quotidien exposés dans des musées ou des galeries.

244. *L'exposition Our body.* Une troisième affaire d'exposition de cadavres met en scène la problématique de l'acte de création. Il s'agit de l'affaire très médiatique de l'exposition de

⁵⁰² M. PERCHEY, « La liberté des funérailles, une liberté limitée », *AJDA* 2008, p. 1310, S. DOUAY, « L'interdiction de libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP G* 2003, II, 10052.

⁵⁰³ V. VARNEROT, « Contribution de la Venus Hottentote à l'édification du régime juridique des restes humains », *LPA* 2004, n° 241, p. 6, F. LAMARCHE, « De la Venus Hottentote aux cadavres chinois. Peut-on exposer des corps humains ? », *Dr. famille* 2009, focus 37.

⁵⁰⁴ TA Rouen, 27 décembre 2007, n° 702737, *JurisData* n° 2007-350713, *JCP G* 2008, II, 10041, comm. C. SAUJOT, CAA Douai, 24 juillet 2008, *AJDA* 2008, p. 1896, concl. J. LEPERS, *JCP G* 2008, II, 10181, comm. C. SAUJOT.

⁵⁰⁵ X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques », *RDP* 2011, p. 89, M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907.

⁵⁰⁶ Dans les deux cas, des lois spéciales ont été votées afin de contourner les règles de domanialité publique : s'agissant de la « *Vénus Hottentote* », la loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 (JO, 7 mars 2002) a autorisé la restitution des restes à l'Afrique du Sud, s'agissant des « *têtes maories* », la loi n° 2010-242 du 18 mai 2010 (JO 19 mai, *D.* actualité, 21 mai 2010, obs. S. LAVRIC), a autorisé la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande.

cadavres intitulée « *Our Body* ». Quelques mots de présentation sont nécessaires. Une société a présenté à Paris une exposition ayant déjà parcouru de nombreuses villes sans incident (New York, Londres, Lyon). Cette exposition réside dans la mise en scène de cadavres chinois conservés grâce à la technique de la « plastination », qui consiste en l'extraction de l'eau et de la graisse contenues dans le corps et en l'injection d'une résine. Les cadavres transformés par cette technique sont présentés dans diverses postures (jouant aux échecs ou au basket, assis sur une bicyclette, tirant à l'arc, etc.). L'association « Ensemble contre la peine de mort » a introduit une action contre l'organisateur de l'évènement. Parmi les griefs invoqués contre cette exposition figure celui de la transformation des cadavres⁵⁰⁷.

245. Les juges de première instance et d'appel ont interdit l'exposition au motif qu'elle portait atteinte au respect dû au cadavre⁵⁰⁸. Les motivations du juge de référé de première instance vise très exactement la problématique de l'acte de création. En effet, il considère que « *l'exposition ne pouvait se recommander d'un courant artistique ancien (le transi, l'écorché, la leçon d'anatomie), dès lors qu'elle épuise ce mouvement en substituant à la représentation de la chose la chose elle-même ; que, condamnée à l'esthétique, la présentation des cadavres et organes met en œuvre des découpages qui ne sont pas scientifiquement légitimes, des colorations arbitraires, des mises en scène déréalisantes ; qu'il est manifestement manqué à cet égard à la décence* ». Le juge considère que la modification du cadavre (« *découpage esthétique* », « *coloration déréalisante* », « *mise en scène arbitraire* ») porte atteinte à son respect. La Cour de cassation a ensuite confirmé l'interdiction de l'exposition des cadavres plastinés. Ses motifs sont un peu différents de ceux des juges du fond. Elle considère que « *les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence* »⁵⁰⁹. Ainsi, le respect porté au cadavre est apprécié en relation avec le « caractère commercial » de l'exposition. *A contrario*, un acte de création sans finalité mercantile serait-il licite ? Sous cette réserve, il faut pourtant conclure avec M. Edelman que « ce qui était indécent, ce n'était point d'avoir enjolivé les cadavres, mais de les avoir utilisé comme "matière artistique". Un

⁵⁰⁷ L'autre point important de la controverse concernait le consentement des personnes décédées. L'origine douteuse des cadavres (les prisonniers politiques chinois selon le demandeur) faisait penser à l'absence de consentement. Toutefois, cet aspect de l'affaire dépasse notre propos.

⁵⁰⁸ TGI Paris, ord. réf., 21 avril 2009, *AJDA* 2009, p. 797, CA Paris, 30 avril 2009, *Légipresse* juillet 2009 note S. JOLY, *D.* 2009, p. 2019, note B. EDELMAN, *D.* 2010. Pan. 604, obs. J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, *RTD civ.* 2009. 501, note HAUSER. Cf. commentaire critique de l'ensemble de l'affaire : B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.* 2010, p. 2754.

⁵⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 septembre 2010, « *Sté Encore Events c/ Assoc. Ensemble contre la peine de mort et a.* », *JCP G* 2010, n° 50, p. 2333, *Com. com. élect.* 2010, comm. 112, com. A. LEPAGE.

cadavre n'est pas de la glaise qu'un sculpteur peut modeler à sa guise ; c'est de la chair humaine, et la réduction de cette chair à du "matériau" - fut-ce à des fins artistiques - porte atteinte au respect dû aux "restes humains" »⁵¹⁰. Qu'elle que soit l'opinion portée sur cet arrêt, il faut reconnaître que la problématique de l'acte de création est au centre du problème.

246. *Les expérimentations scientifiques sur les cadavres.* Nous avons vu que le juge français traite avec sévérité l'utilisation du cadavre comme matériau de la création artistique. Cela s'explique par l'importance accordée au respect des cadavres. La finalité scientifique de l'expérimentation à partir du cadavre s'avère en revanche moins stricte. À l'instar du régime juridique de l'expérimentation sur le vivant, l'expérimentation sur le cadavre déroge en effet au principe d'intangibilité du noyau dur des droits fondamentaux⁵¹¹. Le cadavre constitue alors un matériau licite de la recherche scientifique. Mais à la différence du régime de l'expérimentation sur le vivant, le rôle du consentement apparaît ici de façon secondaire. En effet, le consentement de la personne est présumé concernant le prélèvement d'organe à des fins thérapeutiques ou scientifiques⁵¹².

II – L'autonomie personnelle

247. *Le consentement des atteintes au noyau dur des droits fondamentaux.* Jusqu'ici, le noyau dur des droits fondamentaux était envisagé comme une limite absolue à l'acte de création. Toutefois, l'intangibilité du noyau dur des droits fondamentaux rencontre un obstacle avec la question du consentement aux atteintes. Le consentement permet-il d'outrepasser l'interdiction de porter préjudice au noyau dur des droits fondamentaux ? Il convient au préalable de poser les termes du problème (**A**). Puis, logiquement, le recours à la théorie de l'autonomie personnelle conduit à élargir le champ de l'acte de création licite (**B**).

A – Position du problème

248. *La renonciation limitée à un droit ou à une liberté.* La renonciation à un droit ou à une liberté est une question classique du droit civil⁵¹³. En particulier, la liberté individuelle et la liberté contractuelle permettent de consentir aux atteintes aux droits et libertés fondamentales. La liberté du créateur d'utiliser son propre corps ou celui d'autrui devrait normalement être

⁵¹⁰ B. EDELMAN : « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.* 2010, p. 2754.

⁵¹¹ Cf. n° 241.

⁵¹² Article L.1232-1 du CSP.

⁵¹³ LESSONA, « Théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD Civ.* 1912, p. 360, J. CARBONNIER, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé », *in Trav. Ass. Capitant* t. XII, 1959, A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale sur les droits de la personnalité*, LGDJ, 1966, p. 32, G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil. Etude parallèle du droit français et du droit hellénique*, LGDJ, 1975.

admise dès lors que le consentement est dépourvu d'ambiguïté. Par exemple, certaines atteintes au corps humain (suicide, tatouage, piercing, sport violent, chirurgie esthétique, transsexualisme, etc.) ne posent pas de difficulté sérieuse si elles sont consenties⁵¹⁴. Toutefois, la portée du consentement est limitée. En effet, l'ordre public, les bonnes mœurs et l'intérêt général s'opposent à la liberté du consentement⁵¹⁵. Par exemple, le droit pénal français n'admet pas que le consentement de la « victime » puisse constituer un fait justificatif car la règle pénale est indisponible⁵¹⁶.

249. *La théorie de l'autonomie personnelle.* La place du consentement a acquis ces dernières années une nouvelle dimension sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH à travers la théorie de l'autonomie personnelle⁵¹⁷. Apparue pour la première fois dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*⁵¹⁸, la Cour EDH l'a développée lors de l'arrêt *KA et AD c. Belgique*⁵¹⁹. Elle vise à garantir l'« épanouissement personnel » et le « développement personnel » des individus⁵²⁰. Pour cela, la Convention garantit le libre choix des individus. L'autonomie personnelle reflète alors « un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention »⁵²¹. En particulier, la Cour EDH considère que « le droit de disposer de son corps fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »⁵²². Dès lors, le consentement de la personne justifie les atteintes infligées à son propre corps⁵²³. L'intégrité du corps humain n'est plus un domaine de protection absolue. L'autonomie personnelle remet en cause la notion de noyau dur des droits fondamentaux, domaine dans lequel le consentement est traditionnellement inopérant. L'autonomie personnelle tend à étendre le champ des matériaux licites lorsque la personne est consentante.

⁵¹⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, LGDJ, Bibl. sc. crim., 2002, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004, D. ROMAN, « A corps défendant », *D.* 2007, p. 1290.

⁵¹⁵ P.-Y. GHADOUN, *J-CI Libertés*, fasc. 1340, « Liberté contractuelle », n° 35 et s.

⁵¹⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^e ed., 2010, n° 430, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 21^e ed., 2009, n° 409, X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83, spéc. p. 88.

⁵¹⁷ M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la Cour EDH », *LPA* 2010, n° 254, p. 9.

⁵¹⁸ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 61, Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 90.

⁵¹⁹ Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D.*, *D.* 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN, *RTD Civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUENAUD, *RLDI* 2006, p. 67, GAUTRON.

⁵²⁰ Cour EDH, *K.A. et A.D.*, *op. cit.* § 83.

⁵²¹ Cour EDH, gr. ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, Req. n° 52562/99 et 52620/99, § 54.

⁵²² Cour EDH, *K.A. et A.D.*, *op. cit.* § 83. Par ailleurs, l'autonomie personnelle évoque également une forme de propriété sur le corps, dont l'usage serait discrétionnaire.

⁵²³ Voy. les critiques de l'autonomie personnelle en tant que légitimation de l'atteinte aux corps des faibles : M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31, M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, n° 48, 2008, p. 128.

B – Le rôle du consentement

250. La théorie de l'autonomie personnelle s'oppose à l'interdiction absolue de créer à partir du corps humain. Le consentement de l'individu souhaitant « prêter son corps à la création scientifique » doit pouvoir contourner l'absolutisme de l'interdiction. Par conséquent, la théorie de l'autonomie personnelle explique la validité du consentement du patient à des expériences médicales et biologiques⁵²⁴. De même, elle justifie les atteintes infligées au corps humain par la création artistique. Par exemple, la performance de Chris Burden, artiste américain, consistant à se faire au fusil tirer dans le bras, a suscité un vif débat dans le monde de l'art. Cette performance pourrait cependant se trouver justifiée par la théorie de l'autonomie personnelle.

251. *Une théorie insuffisante : un seuil minimum de souffrance ?* Toutefois, la théorie de l'autonomie de la personne se révèle trop réductrice. Le consentement ne peut pas tout justifier, même en matière de création. Par exemple, la vente d'éléments du corps humain est interdite malgré le consentement de la personne. Dès lors, il manque à la théorie de l'autonomie personnelle un instrument de mesure : jusqu'où peut être admise l'atteinte au corps humain ? Pour y répondre, il est possible de faire référence à la méthode d'appréciation de l'interdiction de la torture par la Cour EDH. En effet, elle apprécie l'interdiction de la torture par référence à un « *seuil minimum de souffrance* »⁵²⁵. Par analogie, cela signifie que l'acte de création sur le corps humain devient illicite dès lors que la souffrance est trop importante. Cette méthode introduit donc un élément de « mesure » de la licéité de l'acte de création. Comme nous allons le voir, il existe d'autres moyens de mesurer avec plus de souplesse le seuil admissible de création : c'est le cas de la notion de dignité.

§ 2 – La protection de la dignité

252. *À la recherche du noyau dur des droits fondamentaux.* La notion de dignité occupe aujourd'hui une place importante dans notre système juridique. En particulier, elle paraît supplanter le principe du respect dû au corps humain. Comme nous l'avons vu, le respect du vivant et du cadavre n'est pas un droit réellement absolu. Le consentement et l'autonomie de

⁵²⁴ L'article 3 § 2 de la Charte DFUE dispose que « *dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi* ».

⁵²⁵ Cour EDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, Req. n° 12850/87, § 115.

la personne conduisent à admettre sa relativité⁵²⁶. Le corps humain n'est donc plus un matériau prohibé de l'acte de création. Dans ces conditions, existe-t-il un noyau dur, intangible, auquel le créateur n'a pas accès ? Le respect de la dignité de la personne humaine peut justement permettre de le déterminer. L'usage indigne d'une chose, qu'elle soit ou non relative au corps humain, est alors interdit au créateur (**I**). Puis, d'une manière générale, la référence à la dignité produit, paradoxalement, un élargissement du champ de la création licite (**II**).

I – L'usage indigne d'une chose

253. Le principe de dignité représente une limite de la liberté de créer (**A**). La mise en œuvre jurisprudentielle du principe de dignité étant particulièrement vigoureuse, ce principe représente même une limite absolue de la liberté de créer (**B**).

A – Une limitation de la liberté de créer

254. *Le déplacement vers la notion de dignité.* Ces dernières années, la question de la protection du corps humain s'est progressivement déplacée vers celle de la dignité⁵²⁷. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 proclamant le « *principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* »⁵²⁸, la dignité a acquis une place importante en droit positif. De plus, la Convention EDH protège la « dignité » tant par l'entremise de l'article 3 prohibant les discriminations et les traitements inhumains ou dégradants, ainsi qu'à travers l'article 4 qui interdit l'esclavage et la servitude. La Cour EDH considère que « *la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention* »⁵²⁹. La définition de la dignité fait pourtant l'objet de discussions animées⁵³⁰. Selon une approche stricte, le respect de la dignité désigne

⁵²⁶ La dignité est présentée par une partie de la doctrine comme un moyen de trouver des solutions équilibrées au conflit entre la protection du corps humain et la liberté individuelle : S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, thèse, Dijon, 1998, n° 601, D. ROMAN, « "A corps défendant". La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

⁵²⁷ Voy. parmi une importante bibliographie : M. DOUCHY-OUUDOT, « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *RLDC* 2010, n° 72, p. 36, E. DREYER, « Dignité de la personne », *JCI Communication*, fasc. 3740, 2009, n° 3 et s., FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 210 et s. (il est en outre remarquable qu'un manuel consacré aux droits fondamentaux ne prévoit pas d'entrée relative au corps humain dans son index).

⁵²⁸ Cons. const., 27 juillet 1994, 94-343/344 DC, cons. 2.

⁵²⁹ L'article 15§2 de la Convention EDH n'autorise aucune dérogation aux droits suivants : droit à la vie (article 2), droit à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (article 3), droit à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4) et au principe de non-rétroactivité de la loi pénale (article 7). Ces quatre droits bénéficient d'une protection absolue (Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 90).

⁵³⁰ O. CAYLA, « Dignité humaine, le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14, F. FERNADEZ

uniquement les atteintes au corps humain⁵³¹. Dans cette hypothèse, la protection de la dignité se confondrait avec celle du corps humain. Mais, selon une approche plus large, la dignité englobe le corps et *l'esprit* de la personne⁵³². La dignité représente alors « la part d'humanité de chacun »⁵³³. En toute hypothèse, l'absence de définition précise de la dignité ne constitue pas un obstacle à son effectivité. La notion de dignité est en effet modelée par le juge au gré des espèces. La souplesse de cette notion lui permet ainsi de jouer son rôle de standard⁵³⁴, permettant d'apprécier les atteintes à la substance des droits fondamentaux⁵³⁵. Elle forme ainsi le noyau dur de l'ordre public⁵³⁶.

255. *Le recul de la « morale ».* Le recul de la morale en tant que *cause* des restrictions de l'acte de création se manifeste notamment par le glissement de notions relevant de la *morale*, comme l'ordre public et des bonnes mœurs, vers des notions mieux fondées juridiquement

SEGADO, « La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits », *RFDC* 2006/3, n° 67, p. 451.

⁵³¹ J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993, p. 226, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et le droit médical », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (éd.), PUF, 2005, p. 88.

⁵³² V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Dignité de la personne », *JCI Libertés*, fasc. n° 540, 2007, n° 39 et s, B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention EDH*, La documentation française, 1999, p. 260 et s.

⁵³³ D. ROMAN, « A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même », in *D.* 2007, p. 1284, D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 499, spéc. p. 515, spéc. p. 518, F. FERNADEZ SEGADO, « La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits », *RFDC* 2006/3, n° 67, p. 451 : « noyau de personnalité humaine », B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, chron. p. 188, Voy. les numéros spéciaux de la revue *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 48 et 49, M. DOUCHY-OUUDOT, « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *RLDC* 2010, n° 72, p. 36.

⁵³⁴ N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 124.

⁵³⁵ L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Topoz Verlag AG, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 389, J.-C. GALLOUX, « *De Corpore jus*. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 2004 », in *LPA* 14 décembre 1994, n° spéc. bioéthique, p. 18, J.-Ph. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2009, n° 48, p. 87, spéc., p.91. Pour certains, la dignité représente même plus qu'un simple standard, car elle constitue « la finalité de l'ordre juridique » (D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *op. cit.*, p. 515)

⁵³⁶ L'étude de la limitation de la création par l'intérêt général présente d'ailleurs un intérêt du point de vue des sources du droit. La protection de l'intérêt général tend à glisser de la protection de la *morale* vers celle de la *dignité* et de la *chose publique*. La conception contemporaine de l'intérêt général, fondée sur une légitimité *juridique*, et non plus sur une légitimité *morale*, s'inscrit parfaitement dans la théorie des droits fondamentaux. Le reflux de la protection de la *morale* (bonnes mœurs, ordre public) en faveur de la protection de la *chose publique* et de la *dignité* reflète donc le passage d'une logique *axiologique* à une logique *légaliste*. Voy. sur ce thème : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, PFUSLB, 1981, G. LAFRANCE (Dir.), *Ethique et droits fondamentaux*, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, *op. cit.*, H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », in *AJDA* 1998, p. 75.

comme la dignité, la protection de la jeunesse ou la promotion de la santé publique⁵³⁷. Sans revenir en détail sur ce mouvement, il faut en retenir deux manifestations. La première est la substitution du délit d'outrage aux bonnes mœurs par les articles 227-23 et 227-24 du Code pénal prévoyant la protection des mineurs contre les expressions violentes ou pornographiques. L'objectif de la restriction de la création ne réside alors plus dans la protection de la morale, mais dans la protection d'une catégorie de la population

256. Malgré ce mouvement, la morale n'est jamais tout à fait absente des restrictions fondées sur l'intérêt général. D'emblée, il faut noter que la morale rejailie à travers les notions de dignité ou de protection des mineurs⁵³⁸. La frontière entre la morale et le droit s'avère toujours assez floue. Mais surtout la *morale* demeure une cause légitime de restriction au sens de la Convention EDH. Le paragraphe 2 de l'article 10 mentionne ainsi la *morale* parmi les objectifs de limitations de la liberté d'expression. La Cour EDH la comprend donc logiquement comme une cause légitime de restrictions de la création artistique⁵³⁹, avec pour conséquence inévitable de laisser une marge d'appréciation importante aux Etats-membres⁵⁴⁰. De même, la morale subsiste en tant que justification de la protection des mineurs prévu par l'article 2 de la loi du 16 juillet 1949. Cette disposition interdit de présenter « *sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse, ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques* ». En pointant la « *paresse* », la « *lâcheté* » et la « *débauche* », ce texte vise davantage le domaine de la morale plutôt que celui de la légalité⁵⁴¹. Corrélativement au recul de la morale, l'influence conjuguée de la libéralisation des mœurs et du renforcement des exigences de *légalité* des restrictions aux droits fondamentaux a conduit à modifier en profondeur le champ des restrictions de la création. L'adaptation du droit français aux méthodes de limitation des droits fondamentaux a modifié l'exigence de *légitimité* des restrictions. En parallèle avec l'exigence de « réserve de loi », la

⁵³⁷ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 15, D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 458 et s., E. SAULNIER-CASSIA, « La protection de la jeunesse : limite à la liberté d'expression ? », *RDP* 2006, p. 401, P. WACHSMANN, « Liberté d'expression », *Jurisclasseur Libertés*, fasc. 800, 2008, n° 140 et s., *Contra* : J. FOYER, « Les bonnes mœurs », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 494.

⁵³⁸ B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 197, Cl. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges offerts à Ch. Bolze*, Economica, 1999, p. 40.

⁵³⁹ Depuis le célèbre arrêt *Handyside c. R.U.*, la Cour EDH semble réduire la place accordée à la morale en matière d'expression artistique. Voy. not. l'arrêt Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, *op. cit.*

⁵⁴⁰ P. MBONGO, « La Cour EDH a-t-elle une philosophie morale ? », *D.* 2008, p. 99.

⁵⁴¹ B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, p. 307.

nécessité de déterminer strictement les causes de restriction des droits fondamentaux conduit à rechercher la légitimité des restrictions dans un domaine strictement *juridique*, c'est-à-dire hors de la sphère axiologique.

257. *La Charte DFUE.* La montée en puissance du principe de protection de la dignité se manifeste également à travers la Charte DFUE. En particulier, elle regroupe la protection de l'individu sous un chapitre intitulé « *Dignité* ». Les articles 1 à 5 organisent la protection de la dignité humaine à travers la protection du corps humain. Ainsi, le droit à la vie, le droit à l'intégrité, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé protègent la dignité à travers le respect du corps humain.

258. *La jurisprudence « Morsang-sur-Orge ».* Le déplacement de la protection de la personne vers le principe de dignité est illustré par la célèbre jurisprudence du Conseil d'Etat *Morsang-sur-Orge*⁵⁴². Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a justifié l'interdiction du spectacle du « lancer de nain » sur le terrain de l'atteinte à la dignité. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un acte de création, cet arrêt est instructif quant au traitement réservé au corps humain : le corps du « nain » est instrumentalisé par cette activité, ce qui porte atteinte à la dignité de la personne. Nonobstant le recours à la théorie de l'autonomie personnelle, la jurisprudence *Morsang-sur-Orge* peut être étendue à certaines formes de création artistique, en particulier à l'art corporel. Le même mécanisme d'instrumentalisation du corps humain est à l'œuvre en matière de création.

259. *La généralisation des références à la dignité.* En réalité, la référence à la dignité s'est généralisée en matière de liberté d'expression. La Cour de cassation estime ainsi que « *la liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement sous la seule réserve du respect de la dignité humaine* »⁵⁴³. De même, la dignité est par exemple invoquée en matière de visa de film de cinéma. L'article L.211-1 al. 2 du Code du cinéma et de l'image animée dispose que le « *visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine* » (souligné par nous). Dans le même sens, l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication énonce ainsi que « *le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des*

⁵⁴² CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, RFD adm. 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN

⁵⁴³ Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 2000, « Erignac », D. 2001, chron., p. 872, note J.-P. GRIDEL, Cass. 1^{re} civ., 20 février 2001, D. 2001, jur., p. 1199, note J.-P. GRIDEL, et Somm. 1990, obs. A. LEPAGE.

illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine » (souligné par nous). Par ailleurs, le mouvement jurisprudentiel mené par la 17ème chambre du TGI de Paris, favorable à « l'exception artistique », a posé la dignité comme limite absolue à la création⁵⁴⁴. En somme, la dignité apparaît alors comme une « limite-balai » de la liberté d'expression⁵⁴⁵.

B – Une limite absolue

260. La dignité de la personne est aujourd'hui une valeur cardinale de la plupart des systèmes juridiques de droits fondamentaux⁵⁴⁶. Elle apparaît comme une valeur absolue dont le législateur et le juge sont tenus d'en assurer le respect. De même, le principe de dignité s'oppose à la validité du consentement de la personne et donc à l'autonomie personnelle⁵⁴⁷. La Cour EDH considère ainsi que des « *raisons particulièrement graves* » peuvent limiter l'autonomie personnelle⁵⁴⁸. Elle ne saurait alors justifier une permission absolue de créer à partir du corps humain ou de consentir à l'indignité. Le consentement du contractant ne permet donc pas de valider toutes les atteintes aux droits fondamentaux⁵⁴⁹.

261. *La substance des droits fondamentaux.* Il apparaît donc que les droits prétendument intangibles (le noyau dur des droits fondamentaux), s'ils peuvent dans certaines conditions subir des atteintes, ne peuvent être limités au-delà d'un certain seuil. Le seuil de limitation des droits fondamentaux s'apparente alors au respect de la *substance* des droits fondamentaux que représente la dignité. Les restrictions aux droits du créateur y sont alors logiquement soumises. Par exemple, les juges du fond considèrent que la liberté de création artistique l'emporte sur le droit à l'image « *sauf dans le cas d'une publication contraire à la dignité de la personne ou revêtant pour elle des conséquences d'une particulière gravité* »⁵⁵⁰. Le respect de la dignité est donc une limite absolue de la liberté de créer.

⁵⁴⁴ Cf. n° 54 et s.

⁵⁴⁵ CA Paris, 28 novembre 2008, « *Poupée Vaudou* », *RLDC* 2009, n° 56, p.35, *D.* 2009, p. 610, note B. EDELMAN.

⁵⁴⁶ F. LLORENS, « Justice administrative et dignité humaine », *RDP* 2011, p. 299.

⁵⁴⁷ V. SAINT-JAMES, « Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p. 61, E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730

⁵⁴⁸ Cour EDH, *KA et AD c. Belgique*, § 84.

⁵⁴⁹ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁵⁰ CA Paris, 5 novembre 2008, *op. cit.*, TGI Paris, 9 mai 2007, *op. cit.*

II – Un élargissement du champ de la création licite

262. *L'affaiblissement de la protection du corps humain.* Le recours à la notion de dignité produit plusieurs conséquences quant au champ de l'acte créatif licite. En premier lieu, le raisonnement à partir du concept de dignité amoindrit la protection du corps humain. La dignité est une notion relative : un acte peut être alternativement digne ou indigne⁵⁵¹. Elle conduit à envisager le corps humain comme une chose dont la protection est relative⁵⁵². Le corps humain peut ainsi faire l'objet d'un acte de création tant que son usage n'est pas contraire à la dignité. Le recours à la notion de dignité conduit en ce sens à d'élargir le champ des matériaux de l'acte de création. Mais, si la dignité semble étendre la liberté de création quant à la liste des matériaux licites, elle produit également un deuxième effet restrictif de liberté : il s'agit d'une notion souple qui peut s'appliquer à de nombreuses matières. Elle peut s'appliquer à des matières qui n'étaient pas interdites auparavant. L'usage de l'image d'autrui peut, par exemple, être indigne. Le juge ne vérifie plus simplement si l'usage de l'image d'autrui porte atteinte à sa vie privée, mais aussi si elle porte atteinte à sa dignité. Les droits fondamentaux ont pour effet d'étendre la liste des matériaux licites et, dans le même temps, d'élargir les hypothèses d'interdiction de créer.

263. *L'effacement de la distinction entre la représentation et la création à partir du corps humain.* Le principe de dignité conduit également à effacer la distinction entre l'utilisation et la représentation du corps humain. Cette distinction est fondamentale car la fonction du corps humain est radicalement différente dans le cadre de son usage et de sa représentation. Considérer que la représentation du corps humain est indigne conduit à confondre le corps et l'esprit. Le corps représenté n'est pas le corps lui-même. C'est le cas par exemple avec la jurisprudence de la Poupée Vaudou du Président de la République⁵⁵³. La Cour d'appel de Paris a en effet considéré que la création d'une « poupée vaudou » à l'effigie de Nicolas Sarkozy porte atteinte à la dignité humaine. En admettant que la représentation du corps puisse porter atteinte à la « part d'humanité » de chacun, le principe de dignité conduit à élargir la liste des matériaux prohibés et, partant, à réduire le domaine de la liberté de création.

⁵⁵¹ Voy. sur la malléabilité de la notion de dignité : P. MARTENS, «Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte», in *Mélanges P. Lambert*, Bruylant, 2000, p. 562.

⁵⁵² B. EDELMAN, « Entre le corps – objet profane – et le cadavre – objet sacré », *D.* 2010, p. 2754.

⁵⁵³ CA Paris, 14^o ch. Sect. B, 28 novembre 2008, *JCP E* 2009, n^o 40, p. 16, note. A. ZOLLINGER.

264. *L'élargissement de la liste des matériaux interdits.* Le recours au principe de respect de la dignité conduit à restreindre le champ de la création licite. Sous l'effet de ce principe, le noyau dur des droits fondamentaux ne vise plus seulement le corps humain, mais toutes les choses dont l'usage est indigne. Le problème n'est pas celui de la prohibition d'un certain nombre de matériaux (corps humain, cadavre), mais de la dignité de leur usage. Ce changement de perspective induit alors une modification radicale du problème : le corps humain peut constituer un matériau de la création, tant que son usage demeure digne. Parallèlement, l'usage de toute chose peut être indigne. Des choses qui n'étaient pas comprises dans le noyau dur des droits fondamentaux y sont aujourd'hui incluses. C'est le cas par exemple des animaux. Reconnaître la dignité des animaux conduit à les exclure du champ de la création dès lors que les traitements qui leur sont infligés sont cruels⁵⁵⁴. De même, considérer que la création de poupées vaudoues à l'effigie du Président de la République est contraire à la dignité conduit à exclure du champ de la création licite l'image d'une personne sur une poupée⁵⁵⁵.

265. *L'effet de la fondamentalisation de l'acte de créer.* En somme, en tant qu'activité individuelle et sociale, l'acte de création est limité par les droits fondamentaux intangibles. La notion de noyau dur des droits fondamentaux permet de mieux définir le domaine de l'acte de création licite. Toutefois, le glissement vers la notion de dignité contribue à obscurcir le champ de la création licite.

Section 2 – Les droits fondamentaux relatifs : les matériaux conditionnels

266. *Les conflits de droits concurrents.* Les matériaux licites des activités de création sont, en premier lieu, ceux qui ne font l'objet d'aucun droit. C'est le cas des idées, des choses communes ou des choses sans maître (*res nullius*). C'est le cas également lorsque le créateur détient la propriété de la chose qui sert de matériau à la création. Le créateur peut alors librement créer à partir de ces matériaux. Il n'est pas nécessaire d'approfondir ces hypothèses car elles ne suscitent aucune difficulté. Ensuite, les activités créatives peuvent se baser sur des droits ou intérêts faisant l'objet d'une protection par des normes de valeur légale ou infralégale. Dans ce cas, soit la norme en cause ne vise aucun objectif légitime (cf. *supra*), alors il n'existe pas de conflit, soit elle en vise un (c'est-à-dire que l'objectif est consacré par

⁵⁵⁴ J.-P. MARGUENAUD, « Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », *D.* 2010, p. 816, O. LE BOT, « La protection de l'animal en droit constitutionnel : étude de droit comparé », *RRJ. Droit prospectif* 2007, p. 1823.

⁵⁵⁵ CA Paris, 14^o ch. Sect. B, 28 novembre 2008, *op. cit.*

une norme fondamentale), et le créateur est confronté à un conflit de droits fondamentaux. Les droits en cause étant de même valeur (il s'agit de droits fondamentaux), il n'existe pas de solution dogmatique à ces conflits⁵⁵⁶. Il sera nécessaire de procéder à un contrôle de proportionnalité afin de déterminer l'issue du conflit. Il faut admettre que, par principe, il n'existe pas de solution *a priori* du conflit. La balance des intérêts sera donc réalisée *in concreto*.

267. *Les hypothèses.* Raisonnons à partir d'un exemple fréquent de conflit entre droits fondamentaux : celui entre la liberté d'information et le droit à la vie privée : dans certaines hypothèses la liberté d'informer cède face à la protection de la vie privée (notamment lorsqu'il n'existe aucun motif d'intérêt général⁵⁵⁷), tandis qu'elle prime dans d'autres cas (lorsqu'il existe une actualité judiciaire par exemple⁵⁵⁸). Il en est de même de la liberté de création. Les choses sur lesquelles portent des droits fondamentaux conditionnels (ou « relatifs ») sont susceptibles de constituer des matériaux licites de la création. Pour être licites, ces limites doivent, en outre, être conformes à certains standards des droits fondamentaux. En particulier, la sécurité juridique exige que les limites soient suffisamment prévisibles. Pour cela, elles doivent être précises, afin d'assurer la sécurité juridique des créateurs et éviter un potentiel *chilling effect*.

268. *Les matériaux « conditionnels ».* Par opposition aux droits fondamentaux intangibles, certains droits fondamentaux sont relatifs⁵⁵⁹. Cela signifie qu'ils peuvent valablement faire l'objet d'une limitation par le législateur ou dans les rapports interindividuels. C'est le cas par exemple du droit de propriété, du droit à la vie privée ou du droit à la liberté d'expression. Leur nature relative ne permet donc pas de proposer des solutions de conflits *a priori* : ils primeront dans certaines circonstances et seront restreints dans d'autres. Opposés à la liberté de création, ces droits représentent des limites relatives. Par conséquent, les matériaux de

⁵⁵⁶ Voy. sur les dangers du dogmatisme appliqué à la recherche de solutions de conflits de droits fondamentaux : V. CHAMPEIL-DESPLAT, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spéc., p. 9. Voy. également en matière contractuelle : M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

⁵⁵⁷ La jurisprudence relève toutefois d'une casuistique parfois peu compatible avec la sécurité juridique (E. DREYER, « Droit de la presse et droit de la personnalité. Janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, p. 780).

⁵⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, *D.* 2005, Pan. p. 2646, obs. C. BIGOT, CA Paris, 20 octobre 2010, *Légipresse* 2011. 40, note T. ROUSSINEAU.

⁵⁵⁹ Ils sont parfois appelés « droits conditionnels » (J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 128). Ils constituent en réalité le « droit commun » des droits fondamentaux. Les droits intangibles représentent en effet des « exceptions » dans le régime des droits fondamentaux.

l'acte de création faisant l'objet de ces droits relatifs sont des « matériaux conditionnels » de l'acte de création.

269. *La « liste grise » des matériaux.* En pratique, l'acte de création utilise bien souvent des « matériaux conditionnels ». Les conflits entre le droit à la vie privée ou le droit de propriété et la liberté de création sont très fréquents. Il suffit de songer à la reproduction de l'image d'une personne ou de l'œuvre d'autrui par une création. C'est le cas également en matière de perfectionnement de brevet. Les droits fondamentaux présentent alors un double intérêt. Ils permettent d'une part de dresser une « liste grise » de matériaux de la création, par opposition à la « liste noire » constituée par les droits intangibles. Ils permettent d'autre part d'opérer une distinction entre l'acte de création et le résultat de la création. Ces droits relatifs peuvent en effet affecter la liberté de création, mais ils ne concernent pas le droit de propriété sur le bien créatif. Les matériaux en « liste grise » de l'acte de création font l'objet de droits fondamentaux destinés à garantir des intérêts de la personne (§1) ou les intérêts collectifs (§ 2).

§ 1 – Les droits fondamentaux d'autrui

270. *Les hypothèses d'utilisation des matériaux appartenant à autrui.* La création artistique ou industrielle utilise bien souvent des matériaux incorporant des valeurs attachées aux personnes. Par exemple, les films et les documentaires se basent fréquemment sur des « histoires vraies », mettant en scène de véritables personnes et non pas seulement des personnages de fiction. L'écriture d'un ouvrage scientifique (une thèse par exemple) se fonde nécessairement sur le travail d'autrui⁵⁶⁰. Or, le travail d'autrui peut être approprié, notamment par un droit de propriété intellectuelle. L'utilisation de la création d'autrui pose ainsi d'importantes difficultés morales (plagiat) et économiques (exploitation économique du travail d'autrui). Quelles sont ici les limites légitimes de la liberté de créer ? Le créateur peut-il librement utiliser, transformer, travestir, des matériaux véhiculant des valeurs attachées aux personnes ?

271. *La légitimité des restrictions.* Comme nous allons le voir, les droits fondamentaux offrent une méthode permettant de déterminer la légitimité de ces restrictions. La question de la légitimité dans l'ordre des droits fondamentaux suppose, selon une approche positiviste, de

⁵⁶⁰ La référence aux travaux d'autrui est d'ailleurs une des fonctions des notes de bas de page (Voy. sur l'histoire des notes de bas de page : A. GRAFTON, *The footnote : a curious history*, Faber and Faber, 1997).

rechercher si les restrictions (lois, jurisprudence) sont fondées sur un objectif garanti par les droits fondamentaux (protection des droits d'autrui, santé publique, etc.). Nous allons identifier trois catégories de droits fondamentaux d'autrui ayant une légitimité suffisante pour restreindre la liberté de créer. Il s'agit du droit de propriété d'autrui (I), du droit à la vie privée et le droit au respect des sentiments religieux (II) et enfin des mécanismes de responsabilité civile (III).

I – Le droit de propriété

272. *La légitimité de la limite constituée par le droit de propriété.* Il arrive, dans certaines circonstances, que le créateur travaille à partir du bien d'autrui. Ces hypothèses sont variées. Il peut s'agir d'un bien matériel ou immatériel. Un ingénieur utilise les biens corporels d'autrui lorsque le propriétaire des matériaux utilisés pour réaliser l'invention n'a pas donné son accord. Un musicien utilise le bien incorporel d'autrui lorsqu'il *sample* un morceau de musique sans l'accord de son auteur. Un sculpteur utilise le bien d'autrui lorsque la glaise ou le bronze ne lui appartiennent pas. Ces hypothèses de conflits sont classiques. Juridiquement, elles correspondent à un conflit de normes entre, d'une part, la liberté de création et, d'autre part, le droit de propriété d'autrui. Il s'agit d'un conflit de normes de même valeur⁵⁶¹. Le droit de propriété constitue alors une limite légitime à la liberté de création.

273. *La limitation de la liberté de création cantonnée à l'atteinte aux prérogatives du propriétaire.* Le législateur prévoit ainsi logiquement que le droit de propriété fait obstacle à l'acte de création. Il faut admettre que l'interdiction d'utiliser le bien d'autrui est cantonnée aux hypothèses où l'acte de création porte atteinte aux *prérogatives* du propriétaire. S'agissant des biens corporels, l'article 544 du C. civ. prévoit le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. Le propriétaire dispose bien sûr de la prérogative d'interdire la création à partir de son bien : l'acte de création représente en effet un usage du bien, malgré l'absence de précision de la part du législateur⁵⁶². En tant que moyen de « transformer », de « représenter » ou encore de « tirer des bénéfices » du bien,

⁵⁶¹ Le droit de propriété fait l'objet d'une large reconnaissance par les normes de natures constitutionnelles et conventionnelles : voy. *infra* n° 0.

⁵⁶² La question de savoir si l'acte de création peut être analysé comme une prérogative du propriétaire du bien, et donc qu'il est en son pouvoir de l'interdire à autrui, conduit à la problématique plus large de la détermination des prérogatives du droit de propriété : classiquement, les prérogatives du propriétaire sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Dreffrénois, 4^e ed., 2010, n° 433, Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, n° 255, F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8^e ed., 2010, n° 120). Comp. en faveur d'une analyse du caractère illimité des prérogatives du propriétaire (F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « droit fondamental », 3^e ed., 2008, n° 192).

l'acte de création doit être analysé comme un usage du bien qui en est le matériau. La question de la détermination de l'étendue des prérogatives du propriétaire est en effet essentielle afin de déterminer la liste des matériaux licites de la création : dans l'hypothèse où la possibilité de créer à partir du bien n'entrerait pas dans les prérogatives du propriétaire, l'acte de création serait licite, sauf à enclencher un mécanisme de responsabilité civile. La jurisprudence relative à l'image des biens illustre parfaitement cette difficulté. En effet, avant le revirement de l'Assemblée Plénière du 7 mai 2004⁵⁶³, la Cour de cassation avait estimé lors de l'arrêt *Café Gondrée* du 10 mars 1999 que « l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »⁵⁶⁴. Selon que la reproduction de l'image d'un bien entre ou non dans les prérogatives du propriétaire⁵⁶⁵, l'usage de l'utilité que représente l'image d'un bien sera licite ou illicite. Comme pour les biens corporels, la contrefaçon est cantonnée à la méconnaissance des prérogatives du propriétaire prévues par le législateur⁵⁶⁶.

274. *La création par incorporation et transformation.* Dans certaines hypothèses, l'acte de création consiste en la transformation du bien d'autrui à un point tel que ce dernier n'est plus reconnaissable. La transformation peut intervenir d'abord par incorporation du bien d'autrui dans la création nouvelle⁵⁶⁷. Il faut alors que l'incorporation d'un bien intellectuel soit suffisamment importante pour qu'il n'existe aucun risque de confusion dans l'esprit du

⁵⁶³ Ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, *D.* 2004, p. 1459, note Ch. ATIAS, p.1545, note E. DREYER et p. 2406 note N. REBOUL-MAUPIN, *JCP G* 2004, II, 10085, note Ch. CARON, *RTD Civ.* 2004, p. 528, note Th. REVET. La Cour de cassation considère dorénavant que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ».

⁵⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 mars 1999, « *café Gondrée* », *D.* 1999, Jur. p. 319, concl. J. SAINTE-ROSE, *JCP* 1999, II, 10078, note P.-Y. GAUTIER, *Defrénois* 1999, p. 897, note Ch. CARON, *RTD civ.* 1999, p. 859, obs. F. ZENATI. En l'espèce, l'usage en cause de l'image du bien d'autrui (une photographie) peut s'analyser en une création.

⁵⁶⁵ La doctrine est très divisée sur cette question. Certains auteurs défendent l'idée selon laquelle la reproduction de l'image d'un bien entre dans les prérogatives du propriétaire (F. ZENATI, « Du droit de reproduire les biens », *D.* 2004, p. 962). D'autres estiment que le droit de propriété sur l'image d'un bien n'existe pas car il heurte la liberté individuelle et la liberté d'entreprendre (KAYSER, « L'image des biens », *D.* 1995, p. 291). D'autres considèrent, à la suite de la jurisprudence de l'Assemblée Plénière du 7 mai 2004 qu'il existe un « principe général de libre utilisation de la reproduction du bien d'autrui » (V. MERCIER, « L'image des biens ou la difficile conciliation de droits concurrents », *LPA* 11 juillet 2006, n° 137, p. 10), ou « liberté d'exploiter la chose d'autrui par l'image » (E. DREYER, « L'image des biens devant l'Assemblée Plénière », *D.* 2004, p.1545). Enfin, la plupart des auteurs s'accordent toutefois à considérer que le droit à l'image d'un bien entraîne une confusion avec le droit de propriété intellectuelle sur les formes de celui-ci.

⁵⁶⁶ F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 192, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 1106.

⁵⁶⁷ Par analogie avec le droit des biens, mentionnons que les figures de l'accession par incorporation et la théorie de l'accessoire ont été débattues en droit des propriétés intellectuelles (P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien », *D.* 1988, chron. p. 152). Relevons toutefois que l'étude comparée avec le droit des biens ne présentent pas ici de véritable intérêt dans la mesure où il ne s'agit pas de rechercher le droit de propriété du créateur (sur le résultat de la création), mais la liberté du créateur.

public. En revanche, lorsque le bien faisant l'objet de l'incorporation est un bien corporel, il ne peut pas y avoir de transformation suffisante pour le faire disparaître⁵⁶⁸. Par exception à ce principe, le droit des obtentions végétales prévoit la possibilité de créer une variété nouvelle à partir d'une variété protégée sans nécessiter d'obtenir l'accord du titulaire des droits⁵⁶⁹.

275. La transformation peut ensuite intervenir par changement de « destination » du bien d'autrui par l'effet de la création. L'acte de création peut en effet conférer au bien créatif une nouvelle dimension, un usage nouveau ou une valeur nouvelle. C'est le cas par exemple en matière de marques lorsque celles-ci ne sont pas utilisées « *dans la vie des affaires* » ou lorsqu'un signe identique est enregistré dans une classe différente (principe de spécialité). En effet, en matière de propriété industrielle, l'enregistrement (et non l'acte de création) confère une destination à la création : c'est pourquoi la création par changement de destination d'un bien soumis à un droit de propriété industrielle ne sera pas nécessairement contrefaisante. Le changement de destination constitue en revanche un acte de contrefaçon en droit d'auteur⁵⁷⁰. Cette différence de régime avec les droits de propriété industrielle est cependant logique car le choix de la destination d'une œuvre fait partie des prérogatives de l'auteur⁵⁷¹.

276. *Créer : une prérogative du propriétaire.* Créer apparaît alors comme une *prérogative* du propriétaire d'un bien à double titre. Créer à partir du bien d'autrui porte d'abord atteinte à l'exclusivité du droit de propriété. Celle-ci constitue en effet « l'essence du droit de propriété »⁵⁷². Cela porte ensuite préjudice à l'utilité même de la chose, qui est de la transformer. En effet, le droit de disposer de la chose (*abusus*) comprend notamment le « droit de transformer la substance de la chose et même de la détruire »⁵⁷³. L'acte de création relève

⁵⁶⁸ « Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme » selon la maxime des chimistes. On voit mal comment un acte intellectuel (l'acte de création) pourrait transformer un bien au point de le faire disparaître (est-ce au demeurant possible ?).

⁵⁶⁹ Cette manifestation de la liberté de création est prévue par l'article 5,3° de la Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales (Convention « UPOV »).

⁵⁷⁰ Voy. par exemple les hypothèses fréquentes d'utilisation d'œuvres à des fins publicitaires sans autorisation : Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006, *Bull. civ.* I, n° 399, *D.* 2006, AJ. 2313, obs. J. DALEAU, *Propri. intell.* 2006, p. 450, obs. A. LUCAS. La solution est logiquement identique en matière de dessins et modèles en vertu du principe de l'unité de l'art : le changement de destination d'un dessin ou d'un modèle constitue une contrefaçon (voy. les nombreuses références citées par F. et P. GREFFE, « Contrefaçon – Conditions matérielles de réalisation », *JCl. Marques – Dessins et modèles*, Fasc. 3420, , 2010, n° 17. Il demeure cependant possible de « s'inspirer » de l'œuvre d'autrui pour créer : la création par inspiration est envisageable si les éléments caractéristiques de l'œuvre ne sont pas reproduits.

⁵⁷¹ L'article L.112-1 du CPI prévoit que les droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit existent quelle qu'en soit la « destination ».

⁵⁷² F. ZENATI, « Notion de propriété », *RTD Civ.* 1999, p. 859.

⁵⁷³ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 124.

du droit de disposer du bien, qui constitue lui-même une prérogative fondamentale⁵⁷⁴. Créer est donc une prérogative du propriétaire⁵⁷⁵.

277. *Le droit de propriété est un droit relatif.* Sans préjudice des précédents développements relatifs aux prérogatives du propriétaire et à la transformation de la chose par effet de l'acte de création, le droit de propriété est un droit relatif, tant au niveau constitutionnel, qu'euro péen et international. À la différence des droits intangibles, le droit de propriété peut donc subir des limitations. Tout en étant une limite en principe légitime de la liberté de création, il peut à son tour être limité par celle-ci. Le législateur peut donc adopter des règles limitatives du droit de propriété en faveur de la liberté de création⁵⁷⁶. L'exception de pastiche et de caricature de l'article L.122-5 du CPI est un exemple de limite du droit de propriété en faveur de la liberté de création. L'exception de décompilation en vue de l'interopérabilité des logiciels constitue également une limite fondée sur la liberté de création⁵⁷⁷. Elle justifie également la restriction du droit du breveté en cas de perfectionnement de son invention, lorsque celle-ci constitue un progrès technique et offre un intérêt économique. Une licence de dépendance peut, dans ce cas, être octroyée au nouveau créateur⁵⁷⁸.

II – Le droit au respect de la vie privée et la protection des sentiments religieux

278. *La légitimité des limitations de la créativité.* Le droit à la vie privée et la protection des sentiments religieux ont en commun de protéger une sphère d'intimité de la personne. Le respect de cette parcelle d'intimité est assuré par les droits fondamentaux. En effet, l'article 8 de la Convention EDH et l'article 7 de la Charte des DFUE prévoient, dans les mêmes termes, que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». Il s'agit

⁵⁷⁴ Cons. const., 20 juillet 1983, déc. n° 83-162 DC, cons. 45, Cour EDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos et a. c. Grèce*, Req. n° 14556/89, §41 et 43.

⁵⁷⁵ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305.

⁵⁷⁶ La liberté de création devient à son tour une limite « légitime » (car de nature fondamentale) du droit de propriété. Bien entendu, les restrictions du droit de propriété se basent également sur d'autres fondements légitimes (le droit du public à l'information par exemple).

⁵⁷⁷ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique* : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé, Bruylant, 2001, n° 268, J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, p. 297. La liberté de création justifie *a fortiori* la décompilation lorsque les créations ne font pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle (P. DE CANDE, « Est-il licite de créer une compatibilité entre produits non protégés par un droit de propriété intellectuelle ? », *JCP E* 1999, p. 1667).

⁵⁷⁸ Prévus par l'article L.613-15 a. 2 du CPI, la licence de dépendance peut s'analyser en une restriction du droit de propriété en faveur de la liberté de création.

donc d'un droit fondamental⁵⁷⁹. En cette qualité, il s'agit d'une limite légitime à la liberté de création⁵⁸⁰. En particulier, la limitation de la liberté de créer est organisée par l'article 9 du C. civ. qui dispose que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». De façon proche, le droit à la protection des sentiments religieux est également un droit fondamental constituant une limite légitime de la créativité. L'article 9 de la Convention EDH et l'article 10 de la Charte DFUE prévoient que « *toute personne a droit à la liberté de religion* »⁵⁸¹. La légitimité de la protection des sentiments religieux repose également sur l'article premier de la Constitution de 1958 qui prévoit que « *la République respecte toutes les croyances* ». Il existe donc logiquement des manifestations législatives entravant la liberté de créer : l'article 24 al. 6 de la loi de 1881 prévoit le délit de provocation à la haine religieuse et les articles 32 et 33 de cette même loi sanctionnent les diffamations et injures à raison des orientations religieuses. Les cas de conflits entre la liberté de création et la protection de la vie privée ou des sentiments religieux sont très fréquents⁵⁸². Deux hypothèses suscitent en particulier un abondant contentieux.

279. *La jurisprudence des affiches de films.* Il s'agit d'abord de la jurisprudence relative aux affiches publicitaires. Parmi les nombreuses affaires mettant en cause le droit au respect des sentiments religieux et la liberté de création à travers des affiches publicitaires, il faut notamment mentionner les affaires *Larry Flint*⁵⁸³, *Amen*⁵⁸⁴, *La Cène*⁵⁸⁵, *Nuit de la Saint capote*⁵⁸⁶ ou encore de façon proche celle des caricatures de Mahomet⁵⁸⁷. Elles suscitent en effet un important contentieux en raison de leur exposition dans des espaces publics. Ces

⁵⁷⁹ Voy. parmi une importante bibliographie : E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *Comm. com. électr.* 2005, étude 18.

⁵⁸⁰ N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom* n° 43, 2009/2, p. 23.

⁵⁸¹ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 48, Cour EDH, *Wingrove c. R.-U.*, § 51.

⁵⁸² La Cour de cassation considère que la liberté de création artistique et le respect dûs aux croyances sont des normes « *d'égale valeur* » (Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1990, *Légipresse* n° 88, 19366).

⁵⁸³ TGI Paris, ord. réf., 20 février 1997, « *Larry Flint* », *D.* 1998, Somm. p. 132, obs. Th. HASSLER, *LPA* 24 février 1997, p. 10, note F. GRAS, *Légipresse* 1997, n° 140, III, p. 49, note M.-N. LOUVET, au sujet de l'affiche du film du même nom représentant une femme nue en croix drapée dans un drapeau américain.

⁵⁸⁴ TGI Paris, ord. réf., « *Amen* », 21 février 2002, *Légipresse*, n° 192, 2002, II, 105, *JCP G* 2003, II, 10064, comm. Ph. MALAURIE, au sujet de l'affiche du film du même nom représentant le symbole de la religion chrétienne évoquant une croix gammée.

⁵⁸⁵ Cass. 1^{re} civ. 14 novembre 2006, « *La Cène* », *D.* 2007, p.2072, note E. DREYER, *JCP E* 2007, II, 10041, note Ph. MALAURIE, au sujet d'une affiche de campagne publicitaire représentant le dernier repas du Christ entouré de femmes dévêtues dans des positions lascives.

⁵⁸⁶ Cass. crim. 14 février 2006, « *Sainte capote* », *Bull.* n° 42, *Dr. pénal* 2006, comm. 67, note M. VERON, *Légipresse* 2006, n° 232, III, p. 117, note A. TRICOIRE, *D.* 2006, IR, p. 886, *RSC* 2006, p. 625, note J. FRANCILLON, au sujet d'un tract de prévention contre le sida.

⁵⁸⁷ (A Paris, 11^e ch. A, 12 mars 2008, *Légipresse* n° 252. III. 107, note H. LECLERC.

jurisprudences cristallisent le conflit entre la liberté d'expression par le moyen des affiches et le droit fondamental au respect des croyances et des convictions.

280. *La jurisprudence des personnages de fiction.* Il s'agit ensuite du contentieux des personnages de fiction⁵⁸⁸. L'origine de ce contentieux réside ici dans la diffusion médiatique et le risque de confusion avec des personnes réelles. Le danger évident de la création de personnages de fiction qui ressemblent fortement à des personnes réelles est d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public. Sans entrer dans le détail de ces jurisprudences, faisons remarquer que le droit à la vie privée et le droit à la protection des sentiments religieux constituent bien des limites légitimes de la créativité.

281. *La légitimité du droit à l'image des vivants et des morts.* En apparence, la légitimité du droit au respect de la vie privée ne pose pas de difficulté. Toutefois, la notion de vie privée a subi un considérable élargissement ces dernières années. L'étendue de la notion de vie privée suscite ainsi des interrogations. En particulier, l'image des personnes représente un moyen privilégié d'exposition de la vie privée. Il suffit de penser à la presse *people*, ou plus simplement encore à *Facebook*.

282. *L'incertitude du fondement du droit à l'image.* Or, le fondement du droit à l'image est incertain⁵⁸⁹. En effet, les droits fondamentaux ne le prévoient pas expressément. Il n'est pas non plus prévu par une « loi ». Le droit à l'image porterait ainsi atteinte au principe de « réserve de loi ». Toutefois, le droit positif le rattache de façon constante au droit à la

⁵⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 février 1985, *D.* 1985, 488, note B. EDELMAN, Cass. 2^{ème} civ., 21 novembre 1990, n° 89/17927, inédit, « *La vie est un long fleuve tranquille* », CA Paris, 16 mars 1974, « *Le voyou* », *JCP G* 1975, II, 17935, obs. R. LINDON, CA Paris, 30 octobre 1998, « *Les Bidochon* », *Légipresse*, 1999, III, 8, *RTD Civ.* 1999, p. 61, obs. J. HAUSER, CA Versailles, 14^o ch., 13 octobre 2008, *D.* 2009, p. 2375, comm. F. CASORLA et J. PAILHES, « *Les Bougon* ». Voy. de façon générale : FRANÇON, « Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique », *RIDA*, avril 1971, n° 68, p. 149.

⁵⁸⁹ Trois fondements du droit à l'image sont proposés : 1) le droit à l'image a fait l'objet d'analyses en tant que droit d'auteur sur l'image. Selon cette conception, l'image jouit d'une double nature. La personne bénéficierait d'un droit patrimonial et d'un droit moral sur son image. Cette analyse se rapproche de la distinction entre le *right of publicity* (droit à l'image patrimoniale) et le *right of privacy* (droit à l'image extrapatrimoniale) en droit américain (D. ACQUARON, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985, chron., p. 129). 2) Ensuite, le droit à l'image a fait l'objet d'analyses en tant que droit de propriété. La qualification patrimoniale du droit à l'image considère alors la *valeur* de l'image d'une personne, particulièrement d'une personne célèbre (B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique : Esquisse d'une théorie du sujet », *D.* 1970, chron. p. 197, N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 102 et s., F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 8, T. HASSLER, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », *Légipresse* 2007, n° 245, II, p. 123). 3) Le droit à l'image est rattaché au droit à la vie privée. Il s'agit de la solution retenue par le droit positif (voy. d'une manière générale : J.-M. BRUGUIERE, *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Editions, coll. guide Légipresse, 2005, p. 65 et s.).

protection de la vie privée⁵⁹⁰. Dans le même sens, le droit à l'image des défunts pose un problème de légitimité. En effet, il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance législative et n'est pas non plus prévu directement par les droits fondamentaux. La doctrine est très partagée quant à la détermination du fondement du droit à l'image des morts. La principale difficulté résulte de l'absence de personnalité juridique de la personne défunte. Par conséquent, l'analyse en tant que composante du droit à la protection de la vie privée semble difficile. Par analogie avec le droit moral de l'auteur, M. Loiseau propose de qualifier le droit à l'image des personnes décédées de droit extrapatrimonial transmissible à cause de mort⁵⁹¹. Une autre analyse plaide en faveur d'un « droit à la douleur » des héritiers et des proches du défunt⁵⁹². Ces difficultés sont renforcées par la confusion qui règne en jurisprudence⁵⁹³. La Cour EDH propose cependant un rattachement du droit sur l'image des morts à la protection de la vie privée et familiale⁵⁹⁴. Malgré ces incertitudes, la légitimité du droit à l'image découle de son usage : il s'agit d'une limite usuelle et bien connue par les acteurs de la création.

283. *Un assouplissement de l'exigence de prévisibilité en faveur des professionnels.* En outre, selon la Cour EDH, l'exigence de prévisibilité est assouplie en faveur des professionnels « habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier ». Elle ajoute qu' « aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte »⁵⁹⁵. Les créateurs sont souvent des professionnels. Par conséquent, ce contexte doit être pris en compte lors de l'analyse de la prévisibilité des normes limitatives des droits fondamentaux. La Cour EDH précise en outre que les normes

⁵⁹⁰ Cette qualification est relativement ancienne. En effet, dès le XIX^e siècle, le droit à l'image est rapproché du droit à la vie privée (C. DEROBERT-RATEL, « Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie », *RRJ - Droit prospectif* 2005-1, p. 79). Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de cassation fait sienne cette analyse (Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 14, Cass. 1^{re} civ., 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282, *RTD civ.* 2009, p. 295, obs. J. HAUSER), ainsi que la Cour EDH (Cour EDH, 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France*, § 38). En outre, les articles 226-1 et 226-8 du code pénal confirment l'ancrage du droit à l'image dans la sphère de la vie privée, puisque ces dispositions pénales sont placées dans la section relative aux atteintes à la vie privée.

⁵⁹¹ G. LOISEAU, « La crise existentielle du droit patrimonial à l'image », *D.* 2010, p. 450, J. HAUSER, « La protection de l'image des morts », *RTD Civ.* 2010, p. 79.

⁵⁹² Voy. pour une analyse critique : Ch. BIGOT, « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression, novembre 2005-juin 2007 », *Légipresse* 2007, n° 244, II, p. 116 et s.

⁵⁹³ Il existe une divergence d'analyse entre la première et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation : selon la seconde chambre civile, le respect de la dignité représente le fondement du droit à l'image des personnes décédées (Cass. 2^{ème} civ., 4 novembre 2004, *Bull.*, n° 486). En revanche, la première chambre civile considère que « si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort » (Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2009, *Bull. I*, n° 211).

⁵⁹⁴ Cour EDH, 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi associés c. France*, § 36.

⁵⁹⁵ Cour EDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, Req. 17862/91, § 35, Cour EDH, 29 septembre 2004, *Chauvy c. France*, § 45, Req. n° 64915/01.

« n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue »⁵⁹⁶, car cela conduirait à une rigidité excessive. Par exemple, la conception large de légalité mise en œuvre par la Cour EDH explique que le droit à l'image soit considéré comme suffisamment prévisible, malgré l'absence de reconnaissance légale. La Cour considère que le droit à l'image résulte d'une jurisprudence suffisamment stable. Par conséquent, elle admet que le droit à l'image est garanti par une « loi » au sens européen⁵⁹⁷. Elle précise que « cette jurisprudence satisfait ainsi aux conditions d'accessibilité et de prévisibilité propres à établir que cette forme d'ingérence est « prévue par la loi » au sens du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention »⁵⁹⁸. Selon ce raisonnement, le droit à l'image constitue une limite légitime à la liberté de création.

III – Les mécanismes de responsabilité civile délictuelle

284. Les mécanismes de responsabilité civile délictuelle représentent des limites de l'acte de création⁵⁹⁹. C'est le cas lorsque l'acte de création constitue une faute entraînant un préjudice. Mais le principe de responsabilité délictuelle se heurte à des difficultés. Notamment, le régime juridique de l'acte de création est enchâssé entre les règles du droit de la presse et celles des droits de propriété intellectuelle. Dès lors, quelle place peut occuper le droit commun de la responsabilité délictuelle du créateur ? En particulier, le créateur est-il tenu responsable de ses créations hors des régimes spéciaux de responsabilité de la loi de 1881 ? Pour répondre à ces questions, il faut tout d'abord examiner la légitimité de la responsabilité de droit commun (A). Nous constaterons alors que les difficultés ne proviennent pas tant de sa légitimité du droit de la responsabilité délictuelle que de son applicabilité aux activités créatives (B).

A – La légitimité de la responsabilité délictuelle du créateur

285. *La responsabilité civile délictuelle, une limite légitime.* Le droit de la responsabilité civile délictuelle trouve une base dans l'ordre des droits fondamentaux. En effet, le Conseil constitutionnel reconnaît sa valeur constitutionnelle depuis une décision du 22 octobre 1982

⁵⁹⁶ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Time c. RU*, § 40, Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, Req. 25181/94, § 35, Cour. EDH 29 septembre 2004, *Chauvy c. France*, § 43.

⁵⁹⁷ Cour EDH, 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France*, § 37.

⁵⁹⁸ Cour EDH, 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi associés (« Erignac ») c. France*, § 33.

⁵⁹⁹ J.-M. BRUGUIERE, *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Editions, coll. « guide Légipresse », 2005, p. 148 et s.

depuis réaffirmée à plusieurs reprises⁶⁰⁰. Il fait référence à la fois à la fonction d'indemnisation de la victime (indépendamment de la faute) et à l'obligation de réparation pesant sur l'auteur d'une faute⁶⁰¹. De son côté, la Cour EDH ne fait référence qu'à la fonction d'indemnisation de la victime en relevant comme fondement de la responsabilité civile délictuelle le « *but légitime de protéger la réputation et les droits d'autrui* »⁶⁰². Quoiqu'il en soit, les mécanismes de responsabilité civile délictuelle constituent des limites légitimes aux autres droits fondamentaux.

286. *L'acte de création fautif.* L'acte créatif peut constituer une faute lorsqu'il consiste à imiter ou copier la création d'autrui. Il peut aussi être une destruction de la chose d'autrui. Il est d'ailleurs sanctionné lorsqu'il cause un dommage à autrui. C'est le cas par exemple quand une invention technique s'appuie sur un savoir-faire développé par une personne. C'est également le cas lorsqu'un film de fiction évoque une personne, causant un préjudice à son honneur, sa réputation ou à son nom. L'article 1382 du C. civ. qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », devrait donc logiquement s'appliquer à ces actes de création fautifs.

287. *Un « contrôle des pensées ».* L'application de la responsabilité délictuelle aux actes de création fautifs a été vigoureusement contestée. En particulier, la précision de la notion de faute a été mise en cause à plusieurs reprises et notamment lors d'une célèbre chronique relative à l'arrêt *Branly*, dans laquelle le Doyen Carbonnier avait critiqué la dilution de la notion de faute aboutissant à créer un « contrôle des pensées »⁶⁰³. L'impossibilité pour le créateur de prévoir ses éventuelles fautes conduirait à une situation d'insécurité juridique et de *chilling effect*. L'imprécision de la faute civile fait de plus peser sur le locuteur un risque d'arbitraire. Dans ses conclusions sous l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 12 juillet 2000⁶⁰⁴, l'Avocat général Joinet pointe à cet égard « *un risque d'arbitraire incompatible avec la*

⁶⁰⁰ Cons. const. 22 octobre 1982, *D.* 1982, p. 139, note F. LUCHAIRE, Cons. const. 9 novembre 1999, *JCP G* 2000, I, 210, n° 4, obs. N. MOLFESSIS, et 280, n° 1, obs. G. VINEY, cons. 70, Cons. const. 22 juillet 2005, *D.* 2006, p. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO.

⁶⁰¹ N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Trav. Ass. Capitant, Le renouvellement des sources du droit des obligations*, journée nationale, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 65, J. DE SALVE DE BRUNETON, « Les principes constitutionnels de la responsabilité civile », in *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 407, spéc. p. 409 *st s.*, *Adde.* Ch. RADE, « Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LPA* 8 septembre 1995, n° 108, p. 4, « Liberté, égalité, responsabilité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16, p. 111, P. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp. civ. et ass.* 2003, chron. 15, p. 37.

⁶⁰² Cour EDH, 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, Req. n° 38432/97, §54.

⁶⁰³ CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chron. 119.

⁶⁰⁴ L. JOINET, « concl. sous Ass. Plén. 12 juillet 2000 », *Légipresse* 2000, n° 175, p. 153, spéc. p. 160.

prévisibilité » découlant de l'absence de « *référence à quelque critère de gravité* ». Ces critiques peuvent toutefois être combattues. La jurisprudence interprète la notion de faute civile de façon constante. L'imprécision d'une disposition législative peut, selon le Cour EDH, être compensée par une interprétation jurisprudentielle stable. Elle estime d'ailleurs que les articles 1382 et 1383 des codes civils belge et luxembourgeois, frères jumeaux de ceux du Code civil français, sont suffisamment prévisibles car la jurisprudence les applique régulièrement, ce qui permet, fut-ce au recours à un conseil éclairé, de « *prévoir à un degré raisonnable* » cette limite à la liberté d'expression⁶⁰⁵. La loi ne saurait être exhaustive. En particulier, elle ne peut anticiper les situations nouvelles si elle pêche par excès de précision. La Cour EDH affirme en ce sens « *qu'il peut être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale précision et une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice* »⁶⁰⁶. Enfin, en toute hypothèse, un moyen d'assurer une meilleure prévisibilité de l'article 1382 du C. civ. consisterait à exiger que les juges motivent avec précision les solutions dégagées⁶⁰⁷.

288. *Un domaine imprécis.* Une seconde critique peut être adressée à la sanction des fautes extracontractuelles du créateur : celle de l'insuffisance de précision de son domaine d'application. Cette difficulté concerne en particulier les atteintes aux biens⁶⁰⁸. Si l'article 1382 du C. civ. s'applique sans difficulté aux atteintes contre les personnes, la jurisprudence paraît davantage hésitante s'agissant des atteintes aux biens. Par exemple, les atteintes à l'image des biens étaient réparées sur le fondement de l'article 544 du C. civ. avant de glisser vers le droit des troubles anormaux du voisinage⁶⁰⁹, principe général du droit proche des mécanismes de la responsabilité civile⁶¹⁰. Cette critique n'est d'ailleurs pas restreinte au droit

⁶⁰⁵ Cour EDH, 27 janvier 1997, « *De Haes c. Belgique* », *Recueil* 1997-I, pp. 233, § 33, Cour EDH, 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, Req. n° 38432/97, § 53, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 303, note D. SPIELMANN, Cour EDH, 9 novembre 2006, *Affaire Leempoel & S.A. Ed. Cine Revue C. Belgique*, § 57.

⁶⁰⁶ Cour EDH, 9 novembre 2006, *Affaire Leempoel & S.A. Ed. Cine Revue c. Belgique*, § 59.

⁶⁰⁷ J. TRAULLE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, préf. P. JOURDAIN, LGDJ, bibl. dr. priv. t. 477, 2007, n° 448.

⁶⁰⁸ B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, op. cit., n° 1259 et s.

⁶⁰⁹ Ass. Plén., 7 mai 2004, *Bull.* n° 10 p. 21. Voy. pour une application au sujet de l'exploitation de l'image de graffitis sur des trains, qui ne constitue pas un trouble anormal pour la SNCF (CA Paris, 11e ch., sect. A, 27 septembre 2006, « *SNCF c/ SARL Graff it ! Production* », *Comm. com. électr.* 2007, comm. 1, note Ch. CARON).

⁶¹⁰ T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, p. 227. Voy. les débats doctrinaux relatifs à l'opportunité de fonder la réparation de l'utilisation de l'image des biens sur des mécanismes de responsabilité civile délictuelle : en faveur des mécanismes de responsabilité délictuelle : J.-M. BRUGUIERE, note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 février 2002, *JCP* 2003, II, 10073. *Contra* : F. KENDERIAN, « Le fondement de la protection de l'image des biens : propriété ou responsabilité ? », *D.* 2004, p. 1470.

de la responsabilité *stricto sensu* dans la mesure où les fondements du droit à l'image des personnes oscillent entre une qualification patrimoniale et personnelle⁶¹¹. Le caractère flou de la frontière entre la protection des biens et des personnes se manifeste également en matière de critique des biens d'autrui : les abus de la liberté d'expression envers les éléments du patrimoine peuvent dégénérer en atteinte à la personnalité du propriétaire lorsque celui-ci est personnellement visé. Par exemple, un dénigrement de marque (fondé sur l'article 1382 du C. civ.) se transforme en diffamation dès lors que le propriétaire est visé⁶¹², une critique adressée à un cheval de course devient diffamatoire si elle vise le propriétaire ou le jockey⁶¹³, et la critique d'une œuvre de l'esprit est diffamatoire lorsqu'elle vise personnellement son auteur⁶¹⁴. En définitive, les zones d'incertitudes entourant le domaine de la responsabilité délictuelle du créateur ne paraissent pas suffisantes à lui retirer sa légitimité. Il n'est d'ailleurs certainement pas souhaitable que la loi fixe avec un degré de rigidité excessif les situations caractérisant un abus de la liberté de création⁶¹⁵.

B – L'applicabilité de la responsabilité délictuelle au créateur

289. Une fois dépassées les questions relatives à la légitimité des restrictions fondées sur le droit de la responsabilité civile délictuelle, il convient à présent de s'interroger sur leur applicabilité. Dans quelles mesures le droit de la responsabilité délictuelle a-t-il vocation à s'appliquer aux fautes du créateur ? Cette question en appelle une seconde : quelles fautes peut-on, concrètement, reprocher au créateur ? La réponse à ces questions nécessite une remarque préalable. L'applicabilité du droit de la responsabilité délictuelle au créateur varie selon l'existence de textes spéciaux sanctionnant les actes de création. Ainsi, nous verrons, d'une part, que les fautes de presse prévues par la loi de 1881 priment sur les articles 1382 et 1383 du C. civ., tandis que, d'autre part, ces articles retrouvent une certaine applicabilité en matière de concurrence déloyale et de parasitisme.

⁶¹¹ Th. REVET, « La propriété de la personnalité », *GP* 2006, doctr., p. 1503, G. LOISEAU, « La crise existentielle du droit patrimonial à l'image », *D.* 2010 p. 450, G. LOISEAU, « Les droits sur le nom : un droit à la recherche d'un statut », *GP* 2007, doctr., p. 1474, T. HASSLER, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », *Légipresse* 2007, n° 245, II, p. 123.

⁶¹² Cass. 1^{er} civ., 8 avril 2008, « *Areva* », *op. cit.*, Cass. com, 8 avril 2008, « *Esso* », *op. cit.*

⁶¹³ Cass. crim, 24 octobre 2002, *Bull.* 2002 II n° 236 p. 185, *LPA* 2003, n° 24 p. 16, note E. DERIEUX. Inversement, la critique d'un vin qui ne vise pas le vigneron ne relève pas de la loi de 1881 (Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2006, *JCP G* 2006, IV, 2682).

⁶¹⁴ Cass. crim., 22 mars 1966, *JCP G* 1966, IV, p. 71, Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *Légipresse* 2006, n° 228, I, p. 4.

⁶¹⁵ E. DREYER, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006, p. 1337.

290. *La primauté des règles spéciales du droit de la presse.* Les actes de création sont des actes de publication soumis au droit de la presse. Se pose en conséquence la question classique du cumul des actions fondées sur les articles 1382 et 1383 du C. civ. et de celles fondées sur les règles de la loi du 29 juillet 1881⁶¹⁶. Relevons, d’abord, que lors de l’adoption de la loi de 1881, ses rédacteurs avaient refusé que la liberté d’expression soit soumise au droit commun de la responsabilité civile⁶¹⁷. Contrairement à la volonté des auteurs du texte, la Cour de cassation estimait, depuis le célèbre arrêt *Branly*, que l’article 1382 du C. civ. avait vocation à régir les abus de la liberté d’expression⁶¹⁸. La responsabilité délictuelle était alors appliquée en plus des règles spéciales de la loi du 29 juillet 1881. Puis, opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a considéré dans les arrêts d’Assemblée Plénière du 12 juillet 2000 que l’article 1382 du C. civ. devait s’effacer au profit de la loi du 29 juillet 1881 ou de tout autre texte spécial⁶¹⁹. Le droit spécial prime ainsi sur le droit commun de la responsabilité délictuelle. Celui-ci conserve cependant une compétence subsidiaire en l’absence d’incrimination spéciale. En revanche, comme nous allons le voir, la responsabilité délictuelle conserve une place importante en matière de concurrence déloyale et de parasitisme.

⁶¹⁶ N. MALLET-POUJOL, « De la “cohabitation” entre la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l’article 1382 du Code civil », *Légipresse* 2006, n° 234, II, p.93, G. LECUYER, « La place de l’article 1382 du Code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d’expression », *D.* 2006 p. 768, B. DE LAMY, « Les tribulations de l’article 1382 du Code civil au pays de la liberté d’expression », in *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 275, E. DREYER, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006, chron. p. 13.

⁶¹⁷ BARBIER, *Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et des délits de publication*, Marchal et Billard, 1887, t. 1, p. 9. Ce refus exprimé par les parlementaires résulte du rejet en 1881 de l’amendement Floquet, qui disposait qu’ « il n’y a pas de délits spéciaux de la presse. Quiconque fait usage de la presse ou de tout autre mode de publication, est responsable selon le droit commun ».

⁶¹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 7 février 1951, « *Branly* », *D.* 1951, jur., 331, note DESBOIS, *D.* 1951, chron. 119, « Le silence et la gloire », note CARBONNIER, Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1993, *Bull.* II, n° 167, *D.* 1994, p. 193, note T. MASSIS, *RTD Civ.* . 1993, p. 559, obs. J. HAUSER. Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 1994, *Bull.* II, n° 165, *JCP* 1994, I, 3809, obs. G. VINEY.

⁶¹⁹ Ass. Plén. 12 juillet 2000, (2 espèces), *Bull. civ.* n° 8, *D.* 2000, somm. 463, obs. P. JOURDAIN, *JCP* 2000, obs. G. VINEY, *LPA*, 14 août 2000, n° 161, p. 4, note E. DERIEUX, *Légipresse* 2000, n° 175, p. 153, Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 2001, B. II, n° 46 et 47, *D.* 2002, somm. 2767, obs. T. MASSIS, *JCP* 2002, I, 122, obs. G. VINEY, *Gaz. Pal.* 2001, 1, 831, note P. GUERDER. Voy. également, Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 2008, *Juris-data* n° 2008-044272, Cass. 2^{ème} civ., 20 novembre 2003, *JCP.* 2004, IV, 1066, 11 décembre 2003, B. II, n° 383; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2006, *JCP* 2006, IV, 2381, Cass. 2^{ème} civ., 25 janvier 2007, *JCP* 2007, IV, 1418, Cass. 2^{ème} civ., 3 mai 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 116, obs. A. LEPAGE, Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, *JCP G.* 2007, II, 10010, note B. DE LAMY, *contra* Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, *D.* 2006, p. 492, note T. HASSLER, p. 768 note G. LECUYER, *RTD Civ.* . 2006, p. 126 obs. P. JOURDAIN. Confirmés par les arrêts suivants : Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, *Bull.* n° 74, *D.* 2008, p. 1797 note J.-M. BRUGUIERE, Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2008, *Bull.* I, n° 244, Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2008, *Areva*, *JCP* 2008, II, 10106, note C. HUGON, *Comm. com. électr.* 2008, *Comm.* n° 77, note C. CARON, *D.* 2008, p. 2402, note L. NEYRET, *RLDI* juin 2008, p. 35, comm. Y. EL SHAZLY, Cass. com, 8 avril 2008, *Esso*, *D.* 2008, AJ. 1274, obs. J. DALEAU, *Comm. com. électr.* 2008, comm. n° 77.

291. *L'applicabilité du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme.* Les actes créatifs peuvent constituer des actes de concurrence déloyale ou de parasitisme⁶²⁰. La créativité peut, dans certaines hypothèses, conduire à restreindre la liberté du commerce et de l'industrie dont la concurrence déloyale et le parasitisme sont les garants. Le concurrent déloyal et le parasite déploient en effet des trésors d'imagination et de créativité pour profiter du travail ou dénigrer leurs concurrents. Il est remarquable que certains commentateurs utilisent le vocabulaire de la « créativité » pour qualifier les actes de concurrence déloyale ou de parasitisme. Mme Izorche décrit ainsi « l'inventivité des concurrents » réalisant des actes de concurrence déloyale, ou encore, en creux, « d'absence d'effort créatif » de la part du parasite⁶²¹. Les hypothèses sont très simples : une campagne publicitaire, un film ou encore une invention technique peuvent être fautifs et entraîner un préjudice à un concurrent. Il importe peu, dans ces hypothèses, que l'acte de création fautif fasse ou non l'objet d'un droit de propriété⁶²². Il importe peu, également, que le bien imité soit protégé par un droit de propriété intellectuelle⁶²³.

292. Ces précisions apportées, il convient de s'assurer que l'acte de création peut se fondre dans le moule des actes de concurrence déloyale. En quoi l'acte de création constitue-t-il un acte de concurrence déloyale ? Pour y répondre, précisons que la doctrine envisage trois actes de concurrence déloyale : l'acte de confusion ou d'imitation, l'acte de dénigrement et la désorganisation⁶²⁴. Il semble difficile qu'un acte créatif puisse constituer une désorganisation de l'entreprise concurrente. Il peut par contre aisément constituer un acte de parasitisme ou de

⁶²⁰ La concurrence déloyale et le parasitisme sont des créations jurisprudentielles fondées sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle. La doctrine distingue généralement trois fondements des actions en concurrence déloyale et en parasitisme : 1) La protection d'une certaine « morale » professionnelle. 2) La protection du « droit » de clientèle. Cette justification s'apparente à la protection des droits de propriété intellectuelle, car il s'agit dans les deux cas de protéger un droit privatif. 3) La réparation des dommages causés à autrui. La loi du 3 janvier 2008, adoptée en transposition de la Directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, a introduit deux actions spéciales en concurrence déloyale, visant à combattre les pratiques commerciales trompeuses (article L.120-1 du Code de commerce) et sur les pratiques commerciales agressives (article L.122-11 du Code de commerce).

⁶²¹ M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme » *RTD Civ.* 1998, p. 17 et p. 45.

⁶²² X. DESJEUX, « Quelle protection juridique pour le modèle "fonctionnel" ? (le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise), *Gaz. Pal.* 1981, doctr., p. 297, spéc. p. 299, M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme » *RTD Civ.* 1998, p. 17, spéc. p. 33, J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, avant propos G. BONET, Litec, 1997, spéc. p. 41 et s. et p. 55 et s.).

⁶²³ En cas de protection du bien imité par un droit de propriété intellectuelle, se pose alors la question du cumul de l'action en concurrence déloyale et de l'action en contrefaçon. Voy. sur ce sujet : J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, *op. cit.*, *passim*.

⁶²⁴ Il s'agit d'une classification doctrinale que l'on doit à ROUBIER (*Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 483), et conservée par une large partie de la doctrine (Voy. note. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, p. 379 et s., M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 5^e ed., 2011, p. 149 et s.).

dénigrement. Le parasitisme étant défini comme « le fait pour un tiers de vivre en parasite dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits »⁶²⁵, celui-ci peut fort bien être réalisé par un acte créatif. Par exemple, l'imitation d'un modèle de montre tombé dans le domaine public est constitutif de concurrence déloyale⁶²⁶, sans préjudice du caractère créatif de la montre nouvellement créée. L'acte parasitaire peut très bien être créatif et dans le même temps imiter un produit concurrent. De même, un acte créatif peut constituer un dénigrement, c'est-à-dire un « propos tendant à jeter le discrédit sur la personne ou les produits ou services du concurrent »⁶²⁷. Par exemple, une création publicitaire est fautive si elle dénigre le produit « sucre »⁶²⁸. L'acte de création est en ce sens un acte d'expression d'une idée ou d'une opinion⁶²⁹.

293. *La liberté du commerce et liberté d'expression.* On perçoit à travers ces deux exemples que la liberté de création participe à la fois de la liberté de la concurrence et de la liberté d'expression. Il s'agit d'un acte de concurrence lorsque la création imite le produit d'un concurrent. Il s'agit au contraire d'un acte de communication lorsqu'il véhicule des idées et des opinions. Cette double nature de l'acte créatif est ici très nette. Il faut dès lors convenir que le droit de la responsabilité civile constitue une limite de principe de la liberté de création envisagée en tant que liberté du commerce et de l'industrie. Il représente en revanche une limite subsidiaire lorsqu'elle est considérée comme une manifestation de la liberté d'expression. Dans ce cas, les infractions de presse ont vocation à s'appliquer en priorité.

§ 2 – La protection de l'ordre public

294. À côté des droits individuels, les droits fondamentaux ont vocation à protéger l'intérêt général⁶³⁰. En tant que limite commune à l'ensemble des droits fondamentaux, la protection de l'intérêt général a naturellement vocation à s'appliquer à la liberté de créer⁶³¹. Une création peut en effet troubler l'ordre public, inquiéter une partie de la population ou encore choquer

⁶²⁵ Y. SAINT-GAL, « Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », *RIPIA* 1957, 19.

⁶²⁶ Cass. com., 22 octobre 2002, *CCC* 2003, n° 8, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

⁶²⁷ J.-J. BURST, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, n° 106.

⁶²⁸ CA Versailles, 2 juin 2005, *Gaz. Pal.* 15 mai 2005, p. 13, pourvoi rejeté par Cass. com., 30 janvier 2007, n° 04-17203.

⁶²⁹ L'acte de création peut dans certaines hypothèses exprimer une idée ou une opinion. Dans ce cas, l'acte de création est un moyen d'expression comme un autre. Cependant, la réalisation de la création peut aussi entraîner un « brouillage » du message, en particulier par l'effet de la « distanciation » de la réalité qu'opère l'acte de création.

⁶³⁰ FAVOREU et alii. *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 201.

⁶³¹ S. JOLY, *La création artistique et l'ordre public*, op. cit.

certaines catégories de personnes. Pour ces raisons, les droits fondamentaux instituent une protection de l'ordre public.

295. *La distinction entre l'acte et le résultat de la création.* La dichotomie entre l'acte et le résultat de la création se manifeste ici nettement. Bien que la liberté de création et la propriété sur le bien créatif soient toutes deux limitées par les normes protectrices de l'intérêt général⁶³², cet objectif ne se manifeste cependant pas de la même manière dans ces deux sphères de la création. Comme nous le verrons plus tard, le droit de propriété sur le bien créatif est, en principe, insensible aux considérations de moralité et d'ordre public⁶³³. Inversement, ces objectifs justifient des restrictions de la liberté de création. En particulier, la liberté de création est confrontée aux normes protectrices de la moralité publique (I) et de la santé publique (II).

I – La moralité publique

296. La moralité publique est une notion floue comme la plupart des standards. Elle constitue pourtant en pratique, et dans les textes, un objectif légitime de limitation de la liberté de création. Elle se manifeste traditionnellement à travers la nécessité de préserver l'ordre public (A). La pratique contemporaine tend cependant à lui conférer une nouvelle signification : la protection des mineurs (B).

A – L'ordre public

297. *La légitimité de la restriction de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprendre.* En dépit de la formule, souvent répétée par la Cour EDH depuis l'arrêt *Handyside*, selon laquelle la liberté d'expression s'étend aux « *idées ou opinions qui heurtent, choquent ou inquiètent* », la moralité publique représente un objectif légitime de restriction de la liberté d'expression. L'article 10 § 2 de la Convention EDH prévoit en ce sens que la protection de la « *morale* » peut légitimement limiter la liberté d'expression. De même, l'article 19 § 2 du PIDCP relatif à la liberté d'expression vise la sauvegarde de la « *moralité publique* » comme limite de la liberté d'expression. L'objectif de protection de la moralité s'étend également à la liberté d'entreprendre à travers l'objectif de protection de l'ordre public économique⁶³⁴. Il

⁶³² Voy. n° 719 et s. au sujet de la limitation du droit de propriété sur le bien créatif par l'intérêt général.

⁶³³ Certains droits fondamentaux collectifs constituent cependant des limites légitimes du droit de propriété créatif (le droit du public à l'information par exemple).

⁶³⁴ Cons. const. 18 octobre 2010, n° 2010-55 QPC, cons. 6, au sujet de la prohibition de l'exploitation des machines à sous, et Cons. const. 3 décembre 2010, n° 2010-73 QPC, cons. 13, au sujet des paris sur les courses

constitue donc un objectif légitime de restriction de la liberté de création, que celle-ci soit attachée à la liberté d'expression ou à la liberté d'entreprendre. Contrairement à la liberté de création, la protection de l'ordre public ne produit en revanche aucun effet sur le droit de propriété sur le bien créatif⁶³⁵. La moralité représente un objectif de restriction de la liberté de création car il s'agit d'une activité⁶³⁶. Les actions humaines sont « bonnes » ou « mauvaises » selon le critère utilisé pour les juger. En revanche, l'exercice du droit de propriété n'est ni « bon » ni « mauvais », sauf en cas abus de droit naturellement.

298. *Une notion évolutive.* La « censure » fondée sur la « moralité publique » est un thème classique⁶³⁷. Il ne recouvre cependant pas la même réalité suivant les époques. Les notions d'ordre public ou de morale sont évolutives. Mme Sapiro relève quatre conceptions différentes de la moralité publique en fonction de la période considérée⁶³⁸. Les questions religieuses occupent tout d'abord le devant de la scène pendant la Restauration. Puis l'ordre public est appréhendé sous l'angle des « bonnes mœurs » sous le Second Empire⁶³⁹. La Troisième République voit la question de l'ordre public à travers la protection de « l'intérêt national ». Enfin, le thème de la trahison à la nation devient essentiel après la Libération. Ajoutons qu'aujourd'hui la moralité publique vise davantage la protection des mineurs contre les expressions violentes et pornographiques⁶⁴⁰. La définition évolutive de l'ordre public se manifeste également en matière scientifique⁶⁴¹. La question du clonage illustre ce constat. Pendant longtemps, cette technique fut unanimement condamnée. Aujourd'hui, les perspectives ouvertes par le clonage thérapeutique conduisent à repenser la légitimité de cette technique. La principale conséquence juridique du caractère évolutif de cette notion est l'octroi d'une marge nationale d'appréciation large par la Cour EDH⁶⁴². S'agissant d'une

hippiques, Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, cons. 5, au sujet du pouvoir du Ministre de l'Economie d'agir pour faire cesser et condamner des pratiques restrictives de concurrence.

⁶³⁵ Voy. *infra* n° 720 et s..

⁶³⁶ Comp. A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse* 2002, n° 196, p.148, spéc. p. 155, B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, thèse, Limoges, 2011.

⁶³⁷ La question de la « moralité » des expressions artistiques évoque inévitablement les fameux procès de Flaubert et de Baudelaire et la figure du non moins célèbre Procureur Pinard.

⁶³⁸ G. SAPIRO, *La responsabilité de l'écrivain. Littérature, droit et morale en France (XIX^e – XXI^e siècle)*, Seuil, 2011, p. 27 et s. *Adde.* M.-F. DELHOSTE, « Liberté d'expression artistique et moralité publique, la pérennité d'un discours », *RD publ.*, 3/2003, p. 889 et s.

⁶³⁹ La notion n'a toutefois disparu de notre système juridique qu'avec la réforme du code pénal en 1994.

⁶⁴⁰ Cf. *infra* n° 300.

⁶⁴¹ P. LAMBERT, « Liberté scientifique et droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national. Mélanges offerts à Marcus Silvio Helmons*, Bruylant, 2003, p. 175.

⁶⁴² Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49, Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, §50, Cour EDH, 22 octobre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, §58, Cour EDH, 4 décembre 2003, *Gündüz c. Turquie*, §37 et § 27, Cour EDH, 16 février 2010, *Akdas, c. Turquie*, § 29. Voy.

notion variable suivant les lieux et les époques, la Cour EDH laisse en effet les Etats libres d'apprécier son degré de protection⁶⁴³.

299. *Les manifestations de l'ordre public.* En plus de la dignité, que nous avons déjà abordée, l'objectif de protection de l'ordre public se manifeste de plusieurs manières. L'ordre public s'incarne dans la prohibition des créations véhiculant un message discriminatoire et notamment raciste⁶⁴⁴ ou sexiste⁶⁴⁵. La nature de la création est ici indifférente. Il peut s'agir indifféremment de créations artistiques ou scientifiques. Par exemple, l'interdiction des statistiques ethniques (relevant de la catégorie des créations techniques) est justifiée par l'atteinte au principe d'égalité⁶⁴⁶.

B – La protection des mineurs

300. *La mutation de la notion de moralité publique.* L'objectif de respect de la moralité publique a subi de profondes mutations sous l'effet de l'évolution des mœurs. Elles se sont manifestées en particulier par la suppression des articles 283 et suivants du code pénal en 1994, sanctionnant les atteintes aux bonnes mœurs par voie de presse. La protection des mineurs a aujourd'hui remplacé l'atteinte aux bonnes mœurs⁶⁴⁷. Elle est mise en œuvre par deux dispositions du Code pénal. Ainsi, l'article 227-24 du Code pénal prohibe les messages « violents ou pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger », susceptibles d'être vus ou perçus par des mineurs. La légitimité de cette disposition repose sur

not. les analyses de M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, «La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour EDH», *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 817.

⁶⁴³ Cependant, en matière de création artistique, la marge nationale d'appréciation tend à se réduire (A. ZOLLINGER, « La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH », *Légipresse* 2007, n° 245, III, p. 205, D. LEFRANC, «L'affaire Apocalypse. Un revirement de la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique?», *Auteurs & Media* 2007, n° 4, p. 327. Voy. l'opinion dissidente commune des juges SPIELMANN et JEBENS sous *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* : « Nous sommes également d'avis que la marge d'appréciation des Etats devrait être particulièrement réduite, voire pratiquement inexistante, quand l'ingérence vise la liberté artistique »).

⁶⁴⁴ L'interdiction des discours racistes est particulièrement forte dans le droit de la Convention EDH grâce à l'interdiction de l'abus de droit, et donc à la suppression du contrôle de proportionnalité, fondée sur l'article 17 de la Convention EDH. Voy. E. DREYER, « Le fondement de la prohibition des discours racistes en France », *Légipresse* 2003, n° 199, p. 19.

⁶⁴⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, Publications des FUSLB, 1981, P. MBONGO, « Les opinions sexistes et liberté d'expression », *D.* 2002, ch. 427, S. COLOMBET et M. VIGNAUD, « Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir... », *Légipresse* 2003, II-204, p. 108.

⁶⁴⁶ Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 29, a censuré le dispositif sur les statistiques ethniques pour contrariété à l'article 1er de la Constitution.

⁶⁴⁷ E. PIERRAT (Dir.), *Le livre noir de la censure*, Seuil, 2008, p. 173 et s., A. TRICOIRE., « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Legipresse* 2002, n° 196, II, p.148.

la volonté du législateur de protéger les mineurs contre des expressions choquantes. De plus, l'article 227-23 al. 1 du Code pénal réprime « *le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique* ». L'alinéa 7 du même article ajoute que ces dispositions « *sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image* » (souligné par nous). Dès lors, la « représentation » pornographique d'un mineur, ou d'une personne ayant l'aspect d'un mineur, sont interdites. Ces dispositions visent bien légitimement à lutter contre la pédopornographie.

301. *La représentation « virtuelle » des mineurs.* L'étendue de l'interdiction de l'article 227-24 du Code pénal prête cependant à débat en raison de son imprécision. Le grief d'imprécision résulte du caractère polysémique de la notion de « *représentation de mineurs* ». Cette expression peut recouvrir plusieurs significations. En premier lieu, la « *représentation* » peut signifier la reproduction de l'apparence physique d'une personne. Il s'agit alors de la reproduction de ses traits par le moyen de l'image. En second lieu, la « *représentation* » peut signifier la description d'une personne par tous moyens, sans reproduction de ses traits⁶⁴⁸. La rédaction de l'article 227-23 du Code Pénal incite à cette seconde analyse car il distingue « *l'image ou la représentation d'un mineur* ». Mais la représentation « virtuelle » ou « fictionnelle » d'un mineur est-elle prohibée ? Par exemple, un dessin d'une personne imaginaire peut-il être considéré comme une représentation d'un mineur ?

302. *L'affaire du manga.* Interrogée à propos d'un manga proposant la représentation d'un personnage ayant les traits d'un mineur, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la représentation par dessin d'un mineur imaginaire entre dans le champ de l'interdiction de l'article 227-23 du Code pénal⁶⁴⁹. Pour cela, le juge s'est livré à la détermination de l'âge du personnage de fiction représenté. En dépit de la difficulté d'évaluer l'âge d'un personnage de fiction (est-ce véritablement possible ?), la chambre criminelle a évalué l'âge du personnage de manga d'après son graphisme (son aspect juvénile, l'absence de pilosité, la proportion entre la taille des yeux et celle du crâne, etc.). En revanche, le

⁶⁴⁸ Comp. A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Legipresse* 2002, n° 196, II, p. 154. Selon l'auteur, le terme « *représentation* » employé à l'article 227-23 du Code Pénal devrait désigner uniquement les images, réelles ou virtuelles, à l'exclusion des écrits et des paroles.

⁶⁴⁹ Cass. crim, 12 septembre 2007, *D.* 2008 p. 827, note D. LEFRANC.

contexte de la représentation n'a pas été pris en compte⁶⁵⁰. Le contexte narratif (dans le manga litigieux le personnage serait un ange incarné dans un corps d'enfant) et le contexte culturel (une tendance de la culture manga, dite « Super Déformée » a pour caractéristique de représenter les personnages d'une telle façon que la confusion avec un enfant est possible aux non-initiés) ne sont pas pris en compte par la Cour de cassation. Cette affaire demeure cependant intéressante quant à l'approche de la création. La réalisation d'un manga fait en effet appelle à l'imagination de son auteur, manifestation de la créativité. On peut donc en conclure que la créativité « pure » (c'est-à-dire sans référence au réel) est sanctionnée par la loi pénale telle qu'interprétée par la Cour de cassation.

303. *La volonté du législateur.* Une réflexion sur la recherche de l'intention du législateur pourrait permettre de préciser la notion de « représentation ». A-t-il souhaité incriminer la réalisation de l'image d'un mineur (réelle et imaginaire), ou uniquement protéger les mineurs contre la réalisation de leur image ? La réponse à cette question est délicate. Elle est pourtant nécessaire afin de cerner le domaine de la créativité licite. Le terme « représentation » n'a été ajouté qu'en 1998⁶⁵¹. Le législateur a donc souhaité distinguer « l'image » (terme présent dans la rédaction du texte avant la réforme) de la « représentation ». Nous en concluons que le terme « représentation » est plus large que celui d'« image ». Le texte incrimine toute forme de représentation d'un mineur⁶⁵². Le but de l'infraction est bien évidemment de sanctionner la pédopornographie, c'est-à-dire le comportement de l'auteur de l'image ou de la représentation et non l'atteinte aux mineurs⁶⁵³. En considérant que le législateur ait entendu sanctionner la représentation virtuelle de mineur, il n'en demeure pas moins que le terme « représentation » demeure imprécis. Imprécis car il vise indistinctement l'ensemble des représentations sans en préciser les critères d'appréciation. Nous en concluons que la loi ne permet pas au créateur de déterminer sa conduite avec un degré suffisant de précision.

304. *L'imprécision des notions de violence et de pornographie.* L'article 227-24 du code pénal incrimine « le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message [...] lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur » (souligné

⁶⁵⁰ D. LEFRANC, « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé », *D.* 2008, p. 827.

⁶⁵¹ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998.

⁶⁵² *Ibid.*, n° 624.

⁶⁵³ Voy. *Jurisque Pénal Code*, article 227-23 et 227-24, fasc. 20, M.-L. RASSAT.

par nous). Les notions de pornographie, de violence et d'atteinte à la dignité humaine peuvent paraître assez floues⁶⁵⁴. Deux causes d'imprécision de la loi doivent être distinguées. Elles touchent tant le *standard* que la *méthode* d'évaluation.

305. *Position du problème.* L'article 227-24 du Code pénal vise les messages violents, pornographiques ou contraires à la dignité lorsqu'ils sont susceptibles d'être perçus par des mineurs. Tout d'abord, la première source d'imprécision résulte de la norme de référence permettant de juger de ces qualités. La détermination de la nature violente ou pornographique des messages, ou portant atteinte à la dignité humaine, doit-elle être réalisée en référence aux mineurs qui les perçoivent ? Faut-il apprécier ces notions en fonction de leurs destinataires ?

306. *Point de vue des enfants ou des adultes ?* Apprécier ces notions par rapport à l'opinion que peuvent en avoir les mineurs conduirait à élargir le domaine des messages violents ou pornographiques. Les mineurs ont par nature une opinion moins tolérante. Les mineurs seraient choqués par des images inoffensives pour les adultes. La référence à l'appréciation du point de vue des mineurs conduirait à abaisser le degré de liberté du créateur. Par analogie avec l'ancienne infraction d'atteinte aux bonnes mœurs, Philippe Conte considère que la détermination du seuil des bonnes mœurs ne doit pas se faire en référence aux mineurs, car l'abaissement du seuil de la moralité serait contraire à l'évolution globale de l'infraction⁶⁵⁵. En outre, la distinction entre érotisme et pornographie et entre violence choquante ou inoffensive relève nécessairement de l'appréciation des adultes. L'expérience des mineurs est par nature inexistante dans ces domaines. Par conséquent, ces termes ne peuvent être précis qu'une fois analysés à travers le point de vue d'un adulte.

307. *Une approche subjective ou objective ?* Une seconde source d'imprécision, plus sérieuse encore, résulte du choix de la méthode mise en œuvre afin de qualifier le message créatif. Faut-il tenir compte uniquement des images représentées ou bien prendre en considération l'intention des créateurs ? L'alternative entre une approche objective ou subjective de l'appréciation de la violence, de la pornographie et de la dignité module le degré de précision de ces notions. Plus l'approche retenue est objective, plus la définition des termes sera précise. Au contraire, une approche subjective privilégie la conception

⁶⁵⁴ A. LEPAGE, « Diffusion de films contenant des messages violents ou pornographiques à des mineurs : conditions de l'application de l'article 227-24 du Code Pénal », *Légipresse* 2004, n° 208, III, p. 6, L. MARINO, *D.* 2001, p. 1991.

⁶⁵⁵ Ph. CONTE, « Les outrages aux bonnes mœurs (de l'ancien au nouveau Code pénal) », in *Liberté de la presse et droit pénal*, PUAM, 1994, p. 198.

personnelle que le spectateur se fait de la création. La perception de la création par le public devient alors un élément déterminant de son appréciation⁶⁵⁶.

308. *L'affaire « baise-moi ».* L'appréciation de la « pornographie » est aujourd'hui réalisée selon la méthode subjective. Depuis la jurisprudence « *Baise moi* »⁶⁵⁷, le Conseil d'État ne se contente pas de relever la présence de « *scènes de sexe non simulées* », mais contrôle également l'intention du réalisateur du film litigieux. Il estime ainsi que le film *Baise-moi*, réalisé par Virginie Despentes et Coralie Trinh Thi, est composé de scènes de sexe non simulées et de grande violence, « *sans que les autres séquences traduisent l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société* ». La qualification du film par une approche subjective apparaît incertaine⁶⁵⁸. La détermination de l'intention des cinéastes sera soumise aux aléas de la subjectivité, alors que le critère objectif de la représentation de scènes de sexe non simulées constituerait une méthode plus précise. Le critère objectif assurerait alors une meilleure sécurité juridique des créateurs.

II – La santé publique

309. *Un objectif légitime de limitation des droits fondamentaux.* L'objectif de protection de la santé publique est aujourd'hui une composante essentielle de l'ordre public. En particulier, la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme est devenu un thème politique majeur ces dernières années. Plus généralement, la protection de la santé publique constitue un objectif légitime de limitation des droits fondamentaux. C'est le cas dans le droit de la Convention EDH. En effet, les paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention EDH prévoient que l'objectif de « *protection de la santé publique* » justifie les restrictions apportées aux droits fondamentaux garantis, comme le droit à la vie privée ou la liberté de réunion et d'association ou la liberté d'expression⁶⁵⁹. C'est le cas également dans le droit de l'Union européenne⁶⁶⁰ et dans le droit interne français⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ La jurisprudence du « manga » (Cass. crim, 12 septembre 2007, *op. cit.*) penche en faveur d'une approche subjective : l'appréciation est réalisée par référence à l'impression globale dégagée par la création.

⁶⁵⁷ CE, sect., 30 juin 2000, n° 222194, 222195, *Baise-moi*, Juris-Data n° 2000-060632, Rec. CE, concl. président HONORAT, CE, sect., 30 juin 2000, n° 222194, 222195, *Le Pornographe*: Juris-Data n° 2000-060632, Rec. CE, concl. président Honorat, CE, 4 février 2004, n° 261804, *Ken Park*, Juris-Data n° 2004-066355.

⁶⁵⁸ C. RUET, « Expression par l'image et article 10 de la CEDH : confrontation des approches internes et européennes », *Légipresse* 2003, n° 198-II, p. 1, S. DUPUY-BUSSON, « Les incertitudes de la qualification juridique de "film pornographique" », *Légipresse* n° 180-II, p. 42.

⁶⁵⁹ Cour EDH, 5 mars 2009, « *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France* », Req. n° 13353/05, § 43, et Cour EDH, 5 mars 2009, « *Sté de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France* », Req. n° 26935/05, § 53.

310. *Les manifestations législatives et jurisprudentielles.* L'objectif de protection de la santé publique justifie des restrictions à la liberté d'expression et de communication. Les principales manifestations des restrictions prévues par le législateur sont l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, prévue par l'article L.3511-3 du CSP, et la réglementation de la publicité en faveur de l'alcool en vertu de l'article L.3323-2 du CSP. En jurisprudence, le but de santé publique justifie des atteintes aux droits d'autrui. Par un arrêt du 19 octobre 2006, la Cour de cassation a ainsi admis que la protection de la santé publique est un objectif légitime de restriction du droit de propriété d'autrui⁶⁶². Cette espèce concernait le détournement de marques de cigarette, constitutif d'un droit de propriété, « à l'occasion d'une campagne générale de prévention à destination des adolescents, dénonçant les dangers de la consommation du tabac », « dans un but de santé publique ». En outre, plusieurs affaires, n'ayant pas nécessairement donné lieu à des actions en justice, ont eu un important écho médiatique. Citons pour mémoire les affaires de la cigarette de Sartre, de celle de Coco Chanel et de la pipe de Tati sur des affiches d'exposition ou de film. Enfin, une proposition de loi n°2972 du 18 novembre 2010 vise à concilier la préservation de l'intégrité des œuvres culturelles et artistiques avec les objectifs de la lutte contre le tabagisme. Elle propose une exception en faveur des « œuvres artistiques ou culturelles mises à disposition du public au sein desquelles figure une image ou une référence liée au tabac, non financées directement ou indirectement par l'industrie du tabac et qui n'ont pas pour objet d'en faire de la publicité ou de la propagande ».

⁶⁶⁰ CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-1/90 et C-176/90, au sujet de l'interdiction de la publicité en faveur de l'alcool et CJUE, 12 décembre 2006, C-380/03, cons. 147, au sujet de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac.

⁶⁶¹ Cass. crim., 19 novembre 1997, *D.* 1998, jur. p. 613, note J.-Ch. GALLOUX.

⁶⁶² Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 2006, *LPA* 18 septembre 2008, n° 188, p. 22, note D. GUERIN-SEYSEN, *Légipresse* 2007, n° 239, p. 27, note E. BAUD et S. COLOMBET.

Chapitre 2 – La proportionnalité des restrictions

311. *Le test de proportionnalité et les lois du genre de l'acte de création.* Il convient à présent de déterminer les moyens de limiter la liberté de création. Le législateur et le juge opèrent pour cela un contrôle de proportionnalité entre la *gravité des restrictions* et le *but poursuivi*⁶⁶³. La mise en œuvre du test de proportionnalité suppose de tenir compte des spécificités de la matière en cause : il s'agit des « lois du genre ». Elles correspondent aux caractéristiques propres de l'acte de création qui ont vocation à entrer dans le raisonnement du juge et du législateur. Elles participent ainsi des « modes de décider » décrits par M. de Schutter⁶⁶⁴. Toutes ne sont pas propres à l'acte de création. Certaines sont en effet empruntées à d'autres formes d'expression. Par exemple, un acte de création peut avoir une dimension humoristique ou historique. Les lois du genre de l'expression humoristiques et historiques auront alors vocation à s'appliquer⁶⁶⁵.

312. *Les moments créatifs.* Observons de façon préalable que les lois du genre de la création évoquent la recherche d'un « moment artistique » tel que proposé par le philosophe Nelson Goodman⁶⁶⁶. Il s'agit d'une situation dans laquelle les acteurs du monde de l'art considèrent une chose ou un acte comme une création artistique. Par exemple, des objets du quotidien deviennent des œuvres d'art lorsqu'ils sont exposés dans des musées : ce sont les *ready made*. Le « moment artistique » correspond à ce que Becker nomme les « conventions » des « mondes de l'art »⁶⁶⁷. Il correspond également à ce que le public perçoit du message. Il convient donc de tenir compte de la « réception » du message artistique par le public⁶⁶⁸.

313. *Les trois lois du genre de la création.* L'approche interdisciplinaire conduit à distinguer trois lois applicables aux activités créatives. Certaines sont propres à la création tandis que d'autres sont partagées par plusieurs modes d'expression. La première loi du genre correspond à la prise en compte du mobile créatif (**Section 1**). Comme nous le verrons, il

⁶⁶³ S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour EDH*, LGDJ, 2005, p. 8 et s.

⁶⁶⁴ O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour EDH et le juge national », *RBDI* 1997, p. 1.

⁶⁶⁵ L. BROCHARD, *Le rire et le droit privé*, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁶⁶ N. GOODMAN, « Quand y a-t-il art ? » (1977), in *Manières de faire des mondes*, J. Chambon, 1992, p. 89. L'approche dynamique de l'œuvre d'art se trouve également au fondement de la thèse de J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art. Une analyse juridique de l'art contemporain*, Thèse, Paris 1, 2009, p. 40 et s.

⁶⁶⁷ H. S. BEKER, *Les mondes de l'art*, Champs/Flammarion, préf. P.-M. MENGER, 2006.

⁶⁶⁸ B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, thèse, Limoges, 2011, n° 872.

s'agit de « l'élément moral » de la création. La deuxième loi du genre est l'effet de distanciation produit par l'acte de création (**Section 2**), dont les principales manifestations sont le discours fictionnel et l'expérimentation scientifique. La dernière loi des activités créatives est la contribution de l'expression à un débat d'intérêt général (**Section 3**). Nous observerons à ce sujet que les activités créatives se distinguent ici nettement des activités informatives.

Section 1 – Le mobile créatif

314. *La psychologie du créateur.* La recherche de l'élément moral de la création permet de découvrir l'état d'esprit ayant animé le créateur. Il faut pour cela sonder la psychologie du créateur. Quels sont les mobiles du créateur ? Et en quoi ses mobiles produisent-ils des effets juridiques particuliers justifiant d'en faire une loi du genre ? Pour répondre à ces questions, il convient tout d'abord de relever que, par principe, les mobiles ne sont pas retenus en droit français. Il en résulte naturellement que les mobiles créatifs sont en principe indifférents (§1). Cependant, l'étude de la jurisprudence montre que les mobiles du créateur occupent une certaine place dans le cadre du test de proportionnalité (§ 2).

§ 1 – Le principe d'indifférence du mobile créatif

315. Le créateur est en pratique toujours animé de la volonté de créer. Qu'elle soit consciente ou non, la volonté de créer résulte par exemple de la recherche d'une solution à un problème technique, de la proposition d'une nouvelle gamme de vêtements ou encore de la volonté d'écrire un roman original. La volonté de créer est une action intellectuelle consistant en la recherche de la nouveauté. L'existence d'un problème à résoudre est essentielle à la créativité⁶⁶⁹. La recherche de la nouveauté représente ainsi « la marque psychologique » de la créativité⁶⁷⁰. Mais, malgré cet état de fait incontestable, le droit français demeure indifférent aux mobiles créatifs. Avant d'exposer les manifestations de cette indifférence (**II**), il convient tout d'abord de définir les éléments moraux de la création (**I**).

I – Les éléments moraux de la création

316. *La volonté, l'intention et le mobile.* La recherche de l'élément moral de la création consiste à étudier la psychologie du créateur. Il est nécessaire pour cela de distinguer ses différentes dimensions. De manière générale, trois états psychologiques décomposent une

⁶⁶⁹ Th. RIBOT, *Essai sur l'imagination créatrice*, F. Alcan, 1900, p. 129.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

action : la volonté, l'intention et le mobile. Mais toutes ces notions ne sont pas utiles. En effet, la volonté créatrice et l'intention créatrice ne sont pas juridiquement utiles dans la détermination de l'élément moral de la création (A). En revanche, le mobile du créateur traduit efficacement les spécificités de l'élément moral de l'acte de création (B).

A – La volonté et l'intention créatrice

317. *Les étapes du processus créatif.* Il existe différentes méthodes de recherche des éléments moraux de la création. Tout d'abord, il est envisageable de les rechercher en décomposant le processus créatif. Cette méthode a été notamment proposée par Kohler et Desbois, tous deux spécialistes de la propriété intellectuelle⁶⁷¹. Selon eux, le point de départ de la création est une « représentation imaginaire » de la part de l'auteur. L'œuvre prend ensuite forme dans l'esprit de l'auteur. Il s'agit de la « forme interne » de l'œuvre. Puis, la création se concrétise dans une « forme externe ». Cette description du processus créatif demeure cependant imprégnée d'une vision « romantique » du créateur. Les propositions de Kohler et de Desbois se rapprochent ainsi de celles exposées par Flaubert. Selon ce dernier, le processus créatif débute par un « sentiment vague et diffus », puis se poursuit lors d'une phase de méditation, et enfin se termine par une période de réalisation⁶⁷². Quoi qu'il en soit, la découverte de l'élément moral du créateur ne réside pas dans l'étude du processus matériel de création. Celui-ci est insuffisant à saisir l'essence des mobiles créatifs. En effet, la « représentation imaginaire » proposée Kohler, le « rassemblement des idées » avancé par Desbois ou « l'idée-mère » proposée par Valancogne ne renseignent pas suffisamment sur la volonté précise du créateur. Il peut en effet s'agir de représentations ou d'idées tout à fait banales.

318. *La volonté créatrice.* Dans le langage courant, la volonté signifie la conscience de l'action (il s'agit de la « volition »). D'une façon générale, elle s'oppose à l'absence de conscience d'une action. En psychologie, la volonté possède différentes significations. Elle désigne notamment le « produit de l'intention qui donne à l'agent le sentiment que l'action résulte de sa propre décision plutôt que de déterminations externes »⁶⁷³. La volonté représente

⁶⁷¹ Desbois, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 22, KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, Mannheim, 1892, F. VALANCOGNE, *L'invention*, Librairies Techniques, 1968, p. 7 et s. Adde. A. LATREILLE, « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet du droit d'auteur », *D.* 2002, p. 299.

⁶⁷² Voy. l'étude de A. CASSAGNE, *La théorie de l'art pour l'art en France chez les derniers romantiques et premiers réalistes*, 1906, réed. Slatkine Reprints, 1979, p. 422 et s.

⁶⁷³ R. DORON et F. PAROT (Dir.), *Dictionnaire de psychologie*, PUF, coll. « Quadrige », 2007.

un élément psychologique traduisant la conscience de la décision de l'action. La définition retenue par le *Vocabulaire juridique* est proche de la définition proposée par les psychologues. Elle y est définie comme « l'aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte et à se décider ». La volonté se rapproche donc de la conscience de la réalisation d'un acte⁶⁷⁴.

319. *Indifférence du critère de la volonté.* La recherche de la *volonté* du créateur est cependant inutile pour notre raisonnement. En tant que « conscience de l'action », la volonté ne permet pas de saisir la spécificité de la création. En effet, une volonté identique peut animer le créateur et le non-créateur lors de la réalisation d'une même action. Plusieurs exemples jurisprudentiels permettent de comprendre l'inutilité de la volonté dans la recherche de l'élément psychologique de la création. Ainsi, par exemple, la volonté est indifférente lors de la dégradation de *Fontain* par l'artiste Pinoncelli⁶⁷⁵. En effet, la volition de l'action réside dans la destruction de la chose. La volonté réside ici dans la conscience de taper avec un marteau sur un objet. Or, le coup de marteau asséné par Pinoncelli est identique au coup porté par n'importe quelle personne, que l'action soit qualifiée de « créative » ou non par son auteur. Dans tous les cas, la volonté de l'action est de détruire l'objet : la nature créative de l'acte n'est pas traduite dans la notion de volonté. Un autre exemple permet de saisir l'inutilité du critère de la volonté créatrice. La volonté de prendre en photographie une personne n'implique pas la volonté de faire un acte créatif. Elle réside simplement dans la conscience d'appuyer sur le déclencheur de l'appareil photo. L'étude de la volonté du photographe ne permet donc pas de nous renseigner sur le caractère créatif de la photographie. Par conséquent, la volonté est un élément insuffisant de la recherche de l'élément moral de la création.

320. *L'intention créatrice.* Ensuite, l'élément moral de la création peut être recherché à travers la notion d'*intention*. Celle-ci est appréhendée de façon différente selon que l'on se place dans une perspective philosophique, psychologique ou juridique. La philosophie de l'art traite l'intention créatrice essentiellement en tant que moyen d'analyser la création. L'*intentionnalisme* est en effet une méthode d'interprétation de la création « selon laquelle la production et la signification d'une œuvre résultent de l'intention de son ou de ses auteurs »⁶⁷⁶. En psychologie, l'intention « correspond à une volonté ou à un désir qui précède

⁶⁷⁴ *Contra* voy. la définition retenue par le *Dictionnaire de culture juridique* : la volonté représente la « faculté de se proposer un but pour agir ».

⁶⁷⁵ TGI Tarascon, 20 novembre 1998, *D.* 2000, jurispr. p. 128-129, chron. B. EDELMAN.

⁶⁷⁶ *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, *op. cit.*

une action »⁶⁷⁷. Il s'agit d'un état psychologique antérieur à l'action. La définition juridique de l'intention insiste également sur la conscience du résultat immédiat de l'action. Selon le *Vocabulaire juridique*, l'intention est la « résolution intime d'agir dans un certain sens ». L'intention est la conscience que l'action réalisée produit une certaine conséquence. L'intention correspond ainsi « au résultat recherché, c'est-à-dire au but que la volonté permet d'atteindre »⁶⁷⁸. Mais, ici encore, l'élément moral de la création ne paraît pas résider dans la notion « d'intention ». En tant que « conscience du résultat recherché », l'intention ne reflète pas l'esprit créatif. Comme pour la « volonté », l'intention de l'acte créatif est *formellement* identique à n'importe quelle autre action. Par exemple, l'intention de la destruction d'une chose ne renseigne pas sur les motivations de cette destruction. Le droit positif ne tient d'ailleurs pas compte de la dimension spécifiquement créative de l'intention. Le droit civil recherche l'intention de nuire du créateur de manière identique à celle d'autres locuteurs⁶⁷⁹. L'analyse de l'intention du créateur comporte en outre une difficulté supplémentaire lorsque le propos litigieux est prononcé à travers un personnage de fiction (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un propos intradiégétique⁶⁸⁰). En particulier, l'intermédiation constituée par des personnes de roman, de film ou de chanson parasite l'interprétation de l'intention du créateur. La Cour EDH a, par exemple, admis la recherche de la pensée de l'auteur dans les propos tenus par des personnages de fiction⁶⁸¹. Cette position contestable de la Cour EDH conduit à sonder l'intention personnelle que l'auteur a voulu imprimer à un personnage de fiction. L'intention du créateur sera en effet *toujours* de faire dire les propos litigieux à ses personnages de fiction. La véritable question sera de déterminer quels *motifs* animent le créateur. Il s'agit donc de connaître les *mobiles* du créateur.

B – Le mobile créatif

321. *Les causes téléologiques.* Contrairement aux notions de volonté et d'intention, le *mobile* d'une action traduit avec fidélité la signification d'un acte créatif. Selon le *Vocabulaire juridique*, le mobile représente le « but qu'un individu poursuit ». Les mobiles sont « les causes psychologiques de l'acte ». Ils traduisent un « phénomène psychique, de

⁶⁷⁷ R. DORON et F. PAROT (Dir.), *Dictionnaire de psychologie*, PUF, Quadrige, 2007.

⁶⁷⁸ A. VIGON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, PUAM, préf. D. MAZEAUD, 2004, p. 329.

⁶⁷⁹ A. WARENGHIEN, *Droit romain : des délits de la parole et de l'écriture. Droit français : de la diffamation contre les simples particuliers*, thèse, 1873.

⁶⁸⁰ Cf. n° 368 et s.

⁶⁸¹ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, op. cit., § 51.

nature affective, qui incite à accomplir une action concrète »⁶⁸². Le mobile est synonyme du *motif* : il s'agit d'une « raison de principe ou de circonstance invoquée pour justifier une décision ou un comportement ». Jossierand a précisé l'existence de deux catégories de mobiles⁶⁸³. Il faut distinguer selon lui les « mobiles du passé » et les « mobiles du futur ». Les mobiles « du passé » sont les « mobiles causals ou déterminants » (dénommés encore « motifs ») qui traduisent les motivations de l'action. Au contraire, les mobiles « du futur » sont les « mobiles-buts », ou les « mobiles téléologiques », qui traduisent les conséquences souhaitées de l'action. Ainsi, l'élément moral de l'acte de création se rapproche des « mobiles du futur » : le créateur souhaite réaliser une création par son travail.

322. En toute hypothèse, le mobile se distingue de l'intention : deux caractéristiques du mobile présentent une originalité par rapport à la notion d'intention. D'abord, le mobile est un élément extérieur à l'action, dont la réalisation suppose l'accomplissement de l'action. Dans ce sens, le mobile est « l'arrière-plan psychologique » de l'intention⁶⁸⁴. Un célèbre exemple jurisprudentiel permet d'illustrer la distinction entre intention et mobile : l'élément moral du vol d'un document par un salarié est caractérisé dès lors qu'il a eu l'intention de le soustraire, bien que le mobile l'ayant animé (en l'espèce assurer sa défense) soit louable⁶⁸⁵. Ensuite, seconde caractéristique, le mobile est « variable d'un individu à l'autre dans un même type d'acte »⁶⁸⁶. Par exemple, le mobile de l'achat d'un nouvel objet peut prendre différentes formes : volonté de remplacer un objet défectueux, volonté d'obtenir un objet plus attrayant que l'ancien, volonté d'aider le vendeur, etc. Or, l'intention est identique pour chaque action. Dans notre exemple, il s'agira de l'intention d'acheter l'objet en cause pour en devenir propriétaire.

323. *Le mobile créatif.* Le mobile de l'acte créatif est la volonté de réaliser une *forme nouvelle et originale*. Cette acception permet de résoudre certaines interrogations. En particulier, la question du *choix* dans le processus créatif offre un exemple d'application de la notion de mobile. L'action de choisir ne constitue pas en elle-même une action créatrice⁶⁸⁷. Cependant, le choix n'est jamais exercé pour lui-même, mais dans une optique créatrice. Mme

⁶⁸² A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit. Études de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim », t. XVII, préf. B. DI TULLIO, 1974, p. 104.

⁶⁸³ JOSSIERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, p. 25.

⁶⁸⁴ MERLE et VITU, *Droit pénal général*, p. 743, J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 17^e édition, 2008, n° 503.

⁶⁸⁵ Cass. crim, 24 avril 2001, *RSC* 2001, p. 829, obs. G. GUIDICELLI-DELAGE.

⁶⁸⁶ G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁶⁸⁷ I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 130.

Walravens résume ainsi cette approche : « il convient de garder à l'esprit que les choix opérés par les artistes visent à servir un unique but, la réalisation d'une œuvre d'art »⁶⁸⁸. Par exemple, le mobile créatif s'exprime dans la réalisation des *ready made*. Le choix de l'artiste de présenter un *ready made* fait naître une nouvelle signification à l'objet. Le ready-made résulte donc d'un mobile créatif : faire de l'objet une œuvre d'art. De même, la notion de mobile créatif explique l'aspect « personnel » de tout acte de création : il s'agit d'un acte de réflexion d'une personne, ou d'un groupe de personnes, dont l'objectif est de réaliser une création.

II – Les manifestations de l'indifférence

324. Par principe, les mobiles de la création ne sont pas pris en compte en droit français. Nous avons pourtant vu qu'il s'agissait de la principale manifestation de l'élément moral de l'acte de création. L'indifférence aux mobiles se manifeste lors de la naissance des droits sur la création (**B**) aussi bien que lors de la sanction des abus de la liberté de création (**A**).

A – Lors de la sanction des abus de la liberté de création

325. Par principe, les mobiles ne sont pas pris en compte lors de l'examen de la responsabilité civile ou pénale. En droit pénal, les mobiles n'interviennent pas lors de l'examen de la responsabilité. « Le mobile explique une incartade volontaire, il ne la supprime pas » rappellent Merle et Vitu⁶⁸⁹. Qu'il soit créatif ou non, le mobile n'entre pas dans le raisonnement conduisant à restreindre un droit ou une liberté⁶⁹⁰. Il arrive que le législateur prenne parfois en considération les mobiles en tant qu'élément constitutif d'une infraction à travers la qualification d'un dol spécial⁶⁹¹. Par exemple, le mobile de « trouble à l'ordre public » est examiné en matière de terrorisme (article 421-1 du Code pénal). De même, le but de « solliciter la générosité des passants » est apprécié par le juge (article 227-15 du Code pénal). Les mobiles interviennent également sous la forme des faits justificatifs, car « un individu peut avoir commis une infraction en toute lucidité, mais pour un motif qui ne mérite aucun blâme social »⁶⁹² (souligné par nous). Enfin, les mobiles sont pris en compte

⁶⁸⁸ N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., n° 415.

⁶⁸⁹ MERLE et VITU, *Droit pénal général*, t. 1, Ed. Cujas, 7^e ed., 1997, p. 743.

⁶⁹⁰ Cass. crim., 29 octobre 1936, *DH* 1937, somm. p. 7, Cass. crim, 17 février 1949, *GP* 1949, 1, 127, Voy. au sujet de la provocation par une chanson : CA Rouen, ch. corr., 14 décembre 2005, *Comm. com. électr.* 2006, com. 102 note A. LEPAGE.

⁶⁹¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », 6^e ed. refondue, p. 323.

⁶⁹² F. ROUSSEAU, *L'imputation de la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 113. Adde. A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit*, LGDJ, 1974.

lors de la détermination de la peine. Le domaine du mobile est donc restreint, mais pas inexistant.

326. *La nature polysémique de la création.* Certains auteurs manifestent également un certain rejet des mobiles de la création⁶⁹³. Ils relèveraient du « mystère de la création » et ne seraient donc pas juridiquement exploitables. La nature « polysémique » d'une création de forme interdirait en particulier de rechercher les mobiles de son auteur. La création serait alors un domaine de « franchise ». À défaut, le juge se convertirait en « critique d'art ». Cette position est cependant car toute expression est par nature polysémique, caractéristique qui n'est pas propre aux expressions créatives. Tout message comporte une part subjective. S'il en était autrement, la Cour de cassation ne contrôlerait pas, par exemple, le sens et la portée des propos diffamatoires. Il nous semble donc nécessaire qu'elle contrôle aussi la notion d'expression créative. Dans la même idée, la Cour EDH se livre à l'interprétation des métaphores pour déterminer l'intention de l'auteur⁶⁹⁴. Le droit américain contrôle également l'intention des créateurs⁶⁹⁵.

327. *Le lien entre le fond et la forme.* Le second argument conduisant à refuser l'analyse des mobiles de la création repose sur le constat de l'interdépendance de la forme et du fond de la création. La forme et le fond d'une création sont en effet dépendants au point qu'il est souvent impossible de départir la pensée d'un créateur de la représentation du réel qu'il propose ou des opinions qu'il combat. Ce lien intime entre la forme et le fond implique que la recherche de l'intention de l'artiste est pratiquement impossible⁶⁹⁶.

B – Lors de la naissance du droit de propriété sur la création

328. *L'indifférence des mobiles en matière de droit d'auteur.* Le choix de traiter ici des droits de propriété sur le résultat de la création résulte du fait que ceux-ci trouvent leur source dans l'acte de création : il est à l'origine du droit de propriété sur le résultat de la création. Il

⁶⁹³ M. VERDUSSEN, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 1001, spéc. p. 1015, A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Legipresse* 2002, n° 196, II, p. 148 », A. TRICOIRE, « Le réel et la fiction, ou le paradoxe du menteur », *Legipresse* 2002, III-192, p. 105,

⁶⁹⁴ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, *op. cit.*, § 49 : « L'ouvrage litigieux contient des poèmes qui, à travers un style souvent pathétique et de nombreuses métaphores, appellent au sacrifice pour le « Kurdistan » et contiennent des passages très agressifs à l'égard du pouvoir turc ».

⁶⁹⁵ A. DENNIS, « Poetic (In)Justice ? Rap Music Lyrics as Art, Life, and Criminal Evidence », *The Columbia Journal of Law and The Arts*, 2007, vol. 31, n° 1, p. 1.

⁶⁹⁶ J.-F. GAUDREAU-DES-BIENS, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Liber/Les presses de l'Université de Laval, 1996, *passim*, E. DREYER, *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, LGDJ, 2003, p. 230.

convient ainsi de s'interroger sur le rôle du mobile créatif au stade de la naissance du droit de propriété.

329. La naissance du droit privatif est indifférente aux mobiles qui ont présidé à l'acte de création. Cette position du droit positif français résulte du principe de l'interdiction de prise en compte du mérite et de la destination posé par l'article L.112-1 du CPI. Ce principe résulte de la volonté du législateur de traiter de façon égale les créations utilitaires et les créations relevant des beaux-arts. Le seul élément moral exigé de la part du créateur concerne la conscience du résultat. En effet, bien que non prévu par le législateur, une partie de la doctrine considère que la naissance du droit d'auteur suppose une « conscience de créer »⁶⁹⁷. M. Caron évoque ainsi la nécessité de déterminer la « volonté de créer »⁶⁹⁸. D'après ce critère, les créations d'*infans* et de malades mentaux ne devraient pas faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. La recherche de la conscience du résultat aboutit le plus souvent à exclure de la protection du droit d'auteur les créations issues du hasard, lorsque celui-ci n'est pas contrôlé. De façon plus générale encore, des auteurs plaident en faveur d'une prise en compte de l'*intentionnalité* de l'artiste par le droit d'auteur⁶⁹⁹. L'intention représente en effet un élément essentiel lors de l'examen des conditions de protection de certaines œuvres. En dépit du principe de l'unité de l'art, l'intention du créateur est décelable en matière de base de données. Selon l'article L.112-3 du CPI, la protection des bases de données suppose que les données soient « *disposées de manière systématique ou méthodique* ». Il est donc nécessaire que le créateur de la base de données ait poursuivi une intention de la réaliser de la façon décrite par le Code.

330. *La propriété industrielle.* Les mobiles occupent en revanche une place certaine en droit de la propriété industrielle. C'est le cas par exemple en matière de brevets. Le mobile industriel est ainsi considéré par le législateur comme une condition de la brevetabilité d'une invention : l'article L.611-10 du CPI prévoit que « *sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* » (souligné par nous). Les critères de l'activité inventive et de l'application industrielle de l'invention traduisent le but que s'est donné à atteindre l'inventeur. S'agissant du critère de l'activité inventive, l'article 611-14 du CPI prévoit

⁶⁹⁷ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 55.

⁶⁹⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 53. Comp. E. TREPPOZ, « Quelle protection juridique pour l'art contemporain ? », *RIDA* 2006, n° 209, p. 51, N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., n° 129 et s.

⁶⁹⁹ N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, op. cit., n° 429 et s.

qu'une « *invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique* ». L'activité inventive suppose ainsi la « non-évidence » de l'invention. Il s'agit donc d'observer le travail créatif de l'inventeur, celui-ci étant apprécié par rapport à l'homme du métier⁷⁰⁰. S'agissant du critère de l'applicabilité industrielle, sauf à considérer qu'elle soit le fruit du hasard, le mobile industriel est bien à l'origine du droit des brevets.

331. C'est le cas également en matière de dessins et modèles. L'article L. 511-8, 1° du CPI prévoit ainsi que n'est pas protégeable « *l'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit* ». Cette règle signifie que le législateur n'accorde pas de protection aux créateurs de dessins et modèles dont l'activité a été guidée par un but exclusivement technique. Le mobile est ici retenu en tant que condition négative de la protection des dessins et modèles. De la même manière, les mobiles imprègnent le droit des marques. En particulier, l'exclusion du domaine de la propriété des formes imposées par la nature ou la fonction du produit traduit une volonté de tenir compte des mobiles lors du dépôt de la marque.

332. *L'exigence de dépôt.* La prise en compte des mobiles en matière de propriété industrielle découle de l'opération de dépôt. L'obtention d'un « titre » de propriété industrielle suppose en effet la réalisation d'un examen (bien qu'en pratique il ne soit pas réalisé au moment du dépôt). Les mobiles du créateur représentent alors un moyen de contrôler les créations en imposant un seuil minimum de créativité.

333. *Une conception objective de la création.* Sous réserve des exceptions que nous avons mentionné en matière de propriété industrielle, qui découlent de l'exigence de dépôt, les mobiles de l'acte de création sont en principe indifférents. Le droit propose donc une conception *objective* de l'acte création⁷⁰¹ : l'acte de création est appréhendé davantage comme un fait juridique donnant naissance à un droit de propriété, au dépens d'une approche subjective. Mais cette approche est réductrice. L'acte de création peut être un fait juridique stérile du point de vue du droit de propriété. Il n'en demeure pas moins que l'acte de création recèle une dimension psychologique indéniable. Nous pensons là qu'une approche subjective de l'acte de création permettrait de mieux saisir l'étendue de la liberté de création.

⁷⁰⁰ Comp. J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e ed., 2007, n° 105.

⁷⁰¹ Voy. une analyse similaire au sujet du *mensonge* par Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal. Essai d'une théorie générale*, L'Hermès, Préf. A. DECOQ, p. 346 : l'exclusion des mobiles par le droit pénal conduit à retenir une conception objective du mensonge en droit pénal.

§ 2 – La mise en œuvre du mobile créatif

334. Malgré une hostilité de principe, le mobile créatif est parfois pris en compte (A). Il constitue un outil du test de proportionnalité. L'examen des mobiles a donc vocation à être généralisé (B).

I – Les manifestations du mobile créatif

335. *Le test de proportionnalité.* Les mobiles créatifs se manifestent de plusieurs manières dans le cadre du test de proportionnalité. En particulier, le caractère artistique (A) ou scientifique (B) d'une création permet au juge de tenir compte des mobiles pour apprécier l'étendue de l'atteinte à la liberté de création. Observons d'ailleurs que les caractères artistiques et scientifiques n'épuisent pas la notion de mobiles créatifs. Ils en constituent toutefois la manifestation la plus nette.

A – Le mobile artistique

336. *Le délit d'outrage aux bonnes mœurs.* Les mobiles du créateur étaient pris en compte par une jurisprudence, aujourd'hui obsolète, relative au délit d'outrage aux bonnes mœurs prévu par l'ancien article 283 du Code pénal. Selon une jurisprudence traditionnelle, le « mobile artistique » en constituait un fait justificatif⁷⁰². Cette disposition incriminait « toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes mœurs ». Initialement comprise dans le code pénal de 1810, l'infraction fut reprise dans la loi de 1881 relative à la liberté de la presse et dans le code de la famille de 1939. Elle a ensuite été réintégrée dans le code pénal, avant d'être définitivement supprimée. La notion de bonnes mœurs a donc disparu du Code pénal, bien qu'elle fût partiellement reprise dans de nouvelles incriminations apparues en 1994, en particulier la protection des mineurs⁷⁰³. La jurisprudence accordait en effet une plus grande liberté aux ouvrages scientifiques et artistiques si leur diffusion était restreinte et n'avait pas pour but d'exciter une curiosité malsaine. La référence au mobile de l'auteur était ainsi explicite⁷⁰⁴. Une création « sans aucune prétention littéraire, artistique ou éducative, dont les qualités formelles sont dénuées de tout intérêt, sont

⁷⁰² T. corr. Limoges, 22 janvier 1900, confirmé par CA Limoges, 8 février 1900, *Journ. Parquets* 1900, 2, p. 157, T. Corr. Paris, 12 janvier 1972, *GP* 1972, 1, p. 379, confirmé par CA Paris, 11^o ch., 1 juin 1972, T. corr. Seine, 10 janvier 1957, *D.* 1957, p. 259, CA Paris, 12 mars 1958, *Rec. Dr. pén.* 1958, p. 141.

⁷⁰³ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Legipresse* 2002, n^o 196, II, p.148.

⁷⁰⁴ Crim, 14 mars 1889, *DP.* 1889, 1, p. 390, Paris, 12 mars 1958, *D.* 1958, p. 608, Crim, 5 février 1974, *GP* 1974, 2, somm. 206.

impuissantes à justifier, ou même atténuer, l'offense constante aux bonnes mœurs »⁷⁰⁵. Ce raisonnement est-il applicable à l'infraction de l'article 227-23 du Code pénal ? Le délit d'exploitation pornographique de l'image d'un mineur est un délit intentionnel dont l'élément moral réside dans la conscience du caractère pornographique de l'image et dans la volonté de diffuser⁷⁰⁶. Il n'est pas exigé de dol spécial. Il suffit donc, selon Valérie Malabat, « *que le prévenu ait eu conscience du caractère pornographique des images sans que l'on exige de lui qu'il ait voulu choquer les bonnes mœurs* »⁷⁰⁷. Le mobile n'est donc pas examiné par la jurisprudence. Néanmoins, en parallèle avec l'outrage aux bonnes mœurs, il faut toujours se demander « si un fait justificatif (état de nécessité ou permission de la loi) peut être tiré d'un intérêt scientifique ou artistique »⁷⁰⁸.

337. *En matière artistique.* Le mobile créatif est retenu par certaines juridictions. Une Cour d'appel retient qu'une « *démonstration scientifique ou une création littéraire ou artistique [...] conférerait aux descriptions en cause une spécificité de nature autre que pornographique* »⁷⁰⁹. Le TGI a de même reconnu que des expressions violentes ou grossières dans une chanson pouvaient être excusées car celles-ci s'inspirent « *d'un certain courant antimilitariste et antinationnaliste traditionnellement présent dans la chanson française, leur virulence paraissant liée au genre particulier de l'œuvre* »⁷¹⁰. Dans cette dernière hypothèse, le mobile du créateur consiste à se placer dans le sillage d'un courant artistique et d'en adopter les codes, c'est-à-dire les « lois du genre ». Les mobiles artistiques se rencontrent également en matière d'atteinte à la vie privée. Les décisions que nous avons déjà abordées relatives aux photographies de Luc Delahaye et François-Marie Banier ont en commun de prendre en considération l'intention de l'artiste⁷¹¹. Le tribunal considère en particulier que les photographies de Luc Delahaye représentent un « *témoignage sociologique et artistique* » et que les photographies de François-Marie Banier visent à « *réhabiliter les marginaux* ». Ces exemples montrent que les mobiles du créateur, qu'ils soient « purement » artistique ou non, entrent dans le raisonnement des juges. La jurisprudence relative à la confrontation du droit à

⁷⁰⁵ TGI Paris, 11 décembre 1972, *D. jur.* p. 469, note BECOURT, voy. également Trib. Corr. Seine, 21 octobre 1964, *GP* 1964. 2.439, Crim, 10 juillet 1973, *D.* 1974, p. 242, note MAURY

⁷⁰⁶ Cass. crim, 3 février 2004, Bull. crim. n° 28, *RSC* 2004. 639 et 634, obs. MAYAUD et FRANCILLON : l'envoi par erreur d'un email contenant une image réprimée par l'article 227-23 du Code pénal ne caractérise pas l'élément moral de l'infraction.

⁷⁰⁷ V. MALABAT, « Infractions sexuelles », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2010, n° 154.

⁷⁰⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, *op. cit.*, n° 628.

⁷⁰⁹ CA Paris, 14 décembre 1994, *Dr. Pén.* 1995. 90, obs. VERON.

⁷¹⁰ TGI Paris, 26 janvier 1998, « *AGRIF c. Nouailhac* », *Légipresse*, n° 151, p. 71.

⁷¹¹ TGI Paris, 9 mai 2007 confirmé par CA Paris, 5 novembre 2008, *op. cit.*

l'image et de la liberté de création invite de même à considérer les mobiles de la création. M. Bonnal, magistrat à la chambre de presse du TGI de Paris, estime que « pour motiver sa décision, [le juge] est conduit à analyser les intentions de l'artiste »⁷¹². La recherche des mobiles est encore perceptible dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de vie privée. Elle considère en particulier que « l'agrément des lecteurs » est un but insuffisant pour justifier une atteinte à la vie privée⁷¹³. La recherche des mobiles du créateur est alors mêlée à celle de la « légitimité du but de la publication »⁷¹⁴.

338. *Le système de classification cinématographique.* Le mobile créatif est également pris en considération lors de l'opération de classification cinématographique. Le décret du 12 juillet 2001, modifiant l'article 3-1 du décret du 23 février 1990 relatif à la classification des œuvres cinématographiques, prévoit la possibilité qu'une commission propose au Ministre de la culture une mesure d'interdiction de représentation aux mineurs de dix-huit ans « pour les œuvres comportant des scènes de sexe non-simulées ou de très grande violence ». Cette mesure doit être distinguée de l'inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975 (films pornographiques). Afin de les distinguer, l'article 3-1 du décret de 1990 prévoit expressément la prise en considération de « la manière dont [les scènes de sexe non-simulées] sont filmées et la nature du thème traité ». Le texte invite la Commission de classification à distinguer les films selon la « manière » de filmer et la « nature » du thème, ce qui traduit bien les mobiles du réalisateur. Les juges prennent également en compte la répétition⁷¹⁵ et le caractère « cru et explicite »⁷¹⁶ des scènes de sexe non simulées. La principale critique contre ce genre de critère est la subjectivité d'appréciation du juge. Le Conseil d'Etat considère pourtant que l'interdiction a été prise « sur le fondement des critères objectifs et prévisibles définis par l'article 3-1 du décret du 23 février 1990 »⁷¹⁷. De même à propos du film *Le pornographe*, le Conseil d'Etat estime que « ni le sujet du film, ni l'intention de l'auteur n'ont eu d'autres fins que d'illustrer [...] des idées et des thèmes étrangers à l'exposition et à l'exploitation de scènes à caractère sexuel » (souligné par nous).

⁷¹² N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom* n° 43, 2009/2, p. 23.

⁷¹³ Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, *op. cit.*

⁷¹⁴ A. FOURLON, « Etude de la jurisprudence rendue en matière de fiction du réel », *Comm. com. électr.* 2007, étude 5.

⁷¹⁵ Voy. CE, 23 juin 2009, « *Antichrist* », *op. cit.*, *Adde.* CE, 13 novembre 2002, n° 239254, à propos du film *Le pornographe*.

⁷¹⁶ CE, 4 février 2004, « *Ken Park* », n° 261804 : « Mais considérant qu'en égard à la scène de sexe non simulée évoquée ci-dessus, qui revêt un caractère particulièrement cru et explicite, et aux autres scènes du film qui représentent elles aussi des adolescents en mêlant sexe et violence ».

⁷¹⁷ CE, 10^e et 9^e ch., 6 octobre 2008, « *Quand l'embryon part braconner* », n° 311017.

L'approche subjective retenue par la jurisprudence administrative conduit donc à envisager les mobiles créatifs.

B – Le mobile scientifique

339. *Le droit à l'expérimentation.* Comme nous l'avons déjà abordé, le mobile créatif se manifeste également en matière d'activités de recherche scientifique. Le mobile créatif réside ici dans l'objet d'expérimentation. Cela signifie que les actes de recherche sont réalisés dans un but expérimental. L'expérimentation représente en effet une composante essentielle des activités de recherche⁷¹⁸. Notons que l'expérimentation dépasse la cadre des seules activités créatives. À cet égard, le Code de la Recherche s'ouvre sur une liste d'objectifs assignés à la recherche. En effet, l'article L.111-1 du Code de la Recherche prévoit que la recherche vise à « *l'accroissement des connaissances, à la valorisation des résultats de la recherche, à la diffusion de l'information scientifique* ». Ce texte ajoute étrangement que la politique de la recherche poursuit le but de « *promotion du français comme langue scientifique* ». La recherche vise donc tout à la fois des objectifs cognitifs et créatifs.

340. *L'expérimentation sur l'être humain.* Le mobile scientifique occupe une place importante dans le cadre du test de proportionnalité. Il permet d'arbitrer le conflit entre deux droits fondamentaux antagonistes. C'est le cas par exemple en matière d'expérimentation sur l'être humain. Le conflit de droits fondamentaux oppose ici le droit à la vie (ou la prohibition des traitements inhumains et dégradants) et la liberté de la recherche. Le mobile scientifique ou médical est alors utilisé pour résoudre cet antagonisme. L'article 7 du PIDCP prévoit que « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* » (nous soulignons). La finalité expérimentale justifie ainsi certaines atteintes au corps humain. Dans le même sens, l'article 726-10 du Code Pénal autorise les expérimentations sur l'embryon « *à titre exceptionnel, à des fins médicales à condition qu'elle ne porte pas atteinte à l'embryon et qu'elle concerne l'embryon issu d'un couple ayant donné son consentement par écrit* » (souligné par nous). Ce texte constitue donc une mise en balance, réalisée par le législateur, entre le droit fondamental à la vie, ou à la dignité, et la liberté de la recherche. Les mobiles cognitifs et créatifs justifient,

⁷¹⁸ B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica/PUAM, 2000, p. 43, M.-A. HERMITTE, « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. HERMITTE (Dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Romillat, 2001, p. 19, spéc. p. 28.

selon législateur, l'atteinte portée, dans une certaine mesure, aux droits fondamentaux de la personne.

341. *L'expérimentation animale.* La question de l'expérimentation animale offre un autre exemple de résolution de conflits de droits grâce au critère du mobile créatif. Les objectifs de connaissance scientifique et médicale et de protection de la santé humaine justifient en effet certaines atteintes à l'intégrité des animaux à travers l'expérimentation animale⁷¹⁹. Ainsi, l'article 521-1 du Code pénal prohibe en principe les mauvais traitements infligés aux animaux. Cependant, l'article 521-2 du Code pénal autorise « *le fait de pratiquer des expériences ou recherches scientifiques ou expérimentales sur les animaux* » dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. La pratique d'expériences représente le mobile justificatif de la souffrance animale. Relevons que le mobile scientifique ou médical n'offre pas de blanc-seing à l'expérimentation sur les animaux. Les conditions de recherche sont, au contraire, strictement encadrées⁷²⁰.

II – Vers la généralisation du mobile créatif ?

342. *Le rôle des mobiles dans le droit français.* Les mobiles créatifs ont-ils vocation à la généralité ? Deux considérations font pencher en ce sens. Tout d'abord, des études montrent une tendance générale à faire entrer les mobiles dans le raisonnement du juge pénal⁷²¹. Cette tendance est d'ailleurs remarquable dans le domaine de la création. Comme nous l'avons en effet montré, il existe différentes situations dans lesquelles les mobiles sont pris en compte par le législateur et le juge. En particulier, les mobiles artistiques et scientifiques, dont participe le mobile créatif, occupent une place certaine en droit français. Le test de proportionnalité offre un terrain d'élection pour les mobiles. Relevons par exemple que l'idée de proportionnalité structure la mise en œuvre du fait justificatif de l'état de nécessité de l'article 122-7 du Code pénal. Ce texte dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* » (nous soulignons). Le

⁷¹⁹ J. SEGURA-CARISSIMI, « Expérimentation animale et protection des animaux », *GP*, 11 août 2009, p. 6.

⁷²⁰ Directive 86/609/CEE du Conseil du 24 novembre 1986 et la Convention européenne sur la protection des animaux invertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, du 18 mars 1986.

⁷²¹ M. BENILLOUCHE, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 529.

mobile consistant à la sauvegarde de la personne ou du bien est légitime seulement si sa mise en œuvre est proportionnée.

343. *La généralisation des cas particuliers ?* Les hypothèses que nous avons étudiées ont vocation à la généralité. Même en droit pénal, traditionnellement hostile aux mobiles, leur développement laisse penser à leur généralisation. En ce sens, Mme Rassat considère au sujet de l'article 227-24 du Code pénal que « dans le domaine artistique il appartiendra, dans chaque espèce, d'apprécier quel a été le but de la publication »⁷²². Le droit de la presse offre en particulier une large place aux mobiles. C'est le cas par exemple en matière de création artistique ou d'information d'intérêt général. Le recours par la Cour EDH et la Cour de cassation au critère de la contribution au débat d'intérêt général traduit l'intérêt porté aux mobiles du locuteur⁷²³. Le but d'intérêt général correspond en effet au mobile visé par le locuteur. En considérant que la création participe du débat d'intérêt général, les mobiles créatifs doivent alors entrer dans le raisonnement du juge. Ils apportent enfin une certaine souplesse aux raisonnements du juge. Il ne faut cependant pas que la prise en compte du mobile créatif ne soit qu'un « prétexte » à l'absence de sanction de créations condamnables⁷²⁴.

Section 2 – La distanciation créative

344. *La distanciation opérée par la création : deuxième loi du genre créatif.* Créer, c'est inventer une nouvelle chose. L'acte créatif produit une chose immatérielle qui n'existait pas auparavant dans la « réalité ». On peut alors considérer que la chose créée s'ajoute aux choses du mode réel. L'étude de la création évoque alors irrésistiblement la notion de « distanciation » de la théorie esthétique⁷²⁵. Il s'agit « d'un mode spécifique de signifier le

⁷²² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e ed., 2006, n° 628. *Contra* P. CONTE, « Les outrages aux bonnes mœurs (de l'ancien au nouveau Code pénal) » in *Liberté de la presse et droit pénal*, PUAM, 1994, p. 201.

⁷²³ Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, Req. n° 12697/03, § 28, Cass. crim, 11 mars 2008, *Dr. pénal* 2008, p. 869, obs. Ph. CONTE, *JCP G* 2008, I, 209, n° 3, obs. E. DREYER, *D.* 2008, p. 2256, note J. LAPOUSTERLE, Cass. crim, 12 mai 2009, *jurisdata* 2009-048546, *Com. com. electr.* 2009, comm. 82, note A. LEPAGE, *Légipresse* 2009, III, p. 225, comm. B. ADER, CA Amiens, 10 juin 2009, *JCP G* 2009, n° 48, p. 24, obs. M. BENILLOUCHE, Cass. crim, 19 janvier 2010, *Com. com. élect.* 2010, n° 5, p. 36, note A. LEPAGE *Voy.* concernant la Cour EDH les arrêts *Leroy c. France* et *Brunet-Lecomte et Tanant c. France*.

⁷²⁴ E. DREYER, *Droit de l'information. Responsabilité pénale des médias*, Litec, 2002, 974 : « le prétexte artistique ou scientifique ne saurait être pris en compte (...). La reconnaissance préalable du caractère pornographique de l'image semble d'ailleurs exclure toute dimension artistique qui la sublimerait ».

⁷²⁵ Elle trouve son origine dans l'étude du théâtre. La distanciation signifie tout d'abord la distinction entre l'acteur et le personnage représenté : la création a pour effet de distinguer l'acteur du personnage. Elle signifie ensuite la conscience dans l'esprit du public d'assister à une représentation d'une pièce de théâtre. Enfin, la

réel, impliquant un mode spécifique de lecture et de déchiffrement de la part du lecteur »⁷²⁶. Il existe différents moyens de produire une distanciation. En particulier, le *titre* d'une création produit un tel effet : nommer une création permet de l'individualiser⁷²⁷. Cet effet est plus généralement obtenu grâce à la *fiction*. Avant de déterminer les effets de la distanciation fictionnelle (§ 2), il faut en proposer une définition (§1).

§ 1 – La définition de la fiction

345. Les expressions fictionnelles se définissent de manière négative par le rapport qu'elles entretiennent avec la réalité (I). Leurs caractéristiques les rapprochent d'ailleurs d'autres formes d'expressions, comme les expressions humoristiques (II).

I – Un rapport au réel

346. La fiction repose, selon le Professeur de littérature Tomas Pavel, sur deux caractéristiques susceptibles de créer des effets importants⁷²⁸. D'abord, la fiction suppose sur une distance consciente de la réalité (A). Pour qu'il y ait fiction, il faut que le locuteur entende distancier son propos de la réalité. La fiction se définit toujours en référence à la réalité : elle n'a de sens qu'en rapport avec elle (B).

A – Une distance consciente du réel

347. *Définition.* Le terme fiction provient du verbe *fingo* (feindre) qui signifie « inventer faussement ». La fiction est un « produit de l'imagination »⁷²⁹. Dans l'ensemble, la doctrine juridique n'a porté que peu d'intérêt à la qualification et aux effets juridiques de la fiction. Peu d'études proposent une approche globale de la fiction par le droit. Comme nous le verrons ensuite, la doctrine contemporaine prend acte des effets de la fiction, mais son

distanciation invite à opérer une distinction entre la création et la réalité sociale et historique. Voy. A. SOURIAU, in *Vocabulaire d'esthétique*, ce mot.

⁷²⁶ E. PERA RIZZO, *Comédien et distanciation*, préf. J.-P. SARRAZAC, L'Harmattan, coll. « Univers théâtral », 2006, p. 51 et s.

⁷²⁷ L'importance accordée à la dénomination est à la base de la création des *ready-made*. La dénomination distingue un urinoir de *Fontain*. L'attribution d'un titre à une œuvre participe de la notion de distance en faisant naître un sentiment comique ou contemplatif. Un exemple évocateur est utilisé par le Premier Avocat Général Lindon au sujet d'une photographie publicitaire vantant les mérites d'un bateau à moteur, mettant en scène le Président Georges Pompidou. Saisi sur le fondement du droit à l'image, le juge fit très logiquement droit à l'ancien président. M. Lindon note que la représentation n'aurait pas dépassée les limites admises si à la photographie avait été associée une légende telle que « *Le char de l'État naviguant à une allure de volcan* » (R. LINDON, obs. sous TGI Paris, réf., 4 avril 1970, *JCP* 1970, II, 16328, cité par J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, op. cit., p. 109).

⁷²⁸ T. PAVEL, *Univers de la fiction*, Editions du Seuil, coll. « Poétique », 1988, p. 182.

⁷²⁹ A.-J. ARNAUD (DIR.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e ed., 1993, p. 259.

approche en demeure partielle. En tant que mode de discours issu de la création, la fiction est pourtant prise en compte par la jurisprudence depuis longtemps. Il est difficile d'en déterminer une date précise. Le tribunal civil de la Seine estime en 1877 que « *l'écrivain qui fait œuvre d'imagination n'est point soumis aux mêmes obligations, il est libre de mêler la fiction aux réalités, il n'outrepasse les immunités de la fiction que s'il imprime à un personnage connu un caractère absolument opposé à la vérité historique* »⁷³⁰. La même juridiction prévoit en 1896 « *qu'il faut se garder d'entraver le droit de tout écrivain de s'emparer d'un fait réel pour dépeindre les mœurs et les états d'âme de ses contemporains* »⁷³¹. Aujourd'hui, la problématique de la fiction ne concerne plus uniquement les écrivains. La production audiovisuelle, le cinéma, l'industrie de la musique et le monde de l'art sont confrontés à la mise en œuvre de la fiction.

348. *Un élément moral.* Le récit fictionnel traduit la volonté du créateur de se distancier de la réalité. La notion de « distance » est employée en jurisprudence afin de qualifier la fiction. La Cour EDH considère, au sujet d'un roman, que les propos « *qui reflètent la pensée de l'auteur sont susceptibles de tomber sous le coup de la loi du 29 juillet 1881, à l'exclusion de ceux à l'égard desquels il exprime une réelle distance dans son ouvrage* » (souligné par nous)⁷³². La compréhension de la fiction est liée à une distance consciente par rapport à la réalité. La conscience de la distance ne pose pas véritablement de problème. Ce critère évoque la définition retenue de la fiction au sens de technique juridique. Sans son sens classique de technique juridique, une fiction juridique possède cette caractéristique de volonté de distance de la réalité⁷³³. Cette caractéristique est essentielle car « *la fiction requiert avant tout la certitude du faux* »⁷³⁴. Elle suppose un pacte fictionnel de « feintise partagée »⁷³⁵. Sans cette conscience, il n'y aurait pas de fiction mais une *erreur d'appréciation*. Mais, comment

⁷³⁰ Trib. civ. Seine, 2 août 1877, *Ann. Prop. Indus.* 1877, p. 217.

⁷³¹ Trib. civ. Seine, 8 décembre 1896, *S.* 1897.4.9.

⁷³² Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, *op. cit.*, § 52.

⁷³³ Bien que la doctrine demeure divisée quant à la définition de la fiction juridique, la plupart des auteurs considèrent que la fiction juridique comporte deux facettes : une opération de qualification qui soit consciente en vue de faire produire des effets de droit. V. R. HOUIN, « Rapport » in *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association H. Capitant, 1947, p. 242 : la fiction est « un procédé de logique juridique destiné à rendre compte de certains effets de droit et fondé sur une méconnaissance volontaire de la réalité », G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Association H. Capitant, 7^e ed., 1998, « Fiction », p. 369 : « Artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), "mensonge de la loi" consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit ».

⁷³⁴ Y. THOMAS, « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 21, 1995, p. 17, J.-M. SCHAEFFER, *Pourquoi la fiction ?*, Seuil, 1999, p. 145 s.

⁷³⁵ J. SEARLE, « Le statut logique du discours de la fiction », in *Sens et expression, études de théorie des actes de langage*, Paris, éditions de Minuit, 1982, p. 102.

déterminer la distance par rapport à la réalité ? Quels éléments permettent de saisir la distance entre la réalité et la fiction ? Le contexte apparaît comme le premier moyen de percevoir la distance entre la réalité et la fiction en qu'il constitue une clé d'analyse à disposition du destinataire des propos. Par exemple, un contexte de carnaval conduit à considérer une expression comme fantaisiste⁷³⁶. Cela dit, le contexte n'est pas suffisant pour déterminer la distance fictionnelle. La distance introduite par la fiction suppose également un décalage avec les éléments de la réalité.

349. Le recours à des éléments de la réalité représente une importante source de difficulté dans la détermination de la fiction. Le plus souvent, la jurisprudence considère que la perception d'éléments de la réalité disqualifie la fictionnalité d'un discours. Par exemple, la Cour EDH considère que la présence d'une personne réelle détruit la qualité fictionnelle d'un roman. Elle énonce que « *bien que l'intrigue soit imaginaire, le président du Front national, personne réelle, est le « pivot » autour duquel évoluent et se définissent les personnages imaginaires – et que les idées, les discours et les faits et gestes de M. Le Pen y sont décrits au plus près de la réalité* »⁷³⁷. La Cour de cassation retient de même que la perception d'éléments de la réalité disqualifie la création fictionnelle. Elle considère par exemple que « *bien que présenté comme une œuvre de fiction, [l'ouvrage] était en réalité une autobiographie mal déguisée, permettant l'identification aisée des divers protagonistes dans leurs relations psychologiques et affectives au sein du milieu familial* »⁷³⁸. Finalement, la perception de la réalité est parfois considérée comme un obstacle à la qualification fictionnelle. Or, comme nous allons le voir, la fiction suppose nécessairement une référence à la réalité.

B – Un rapport référentiel au réel

350. Le second élément de la définition fonctionnelle de la fiction réside, toujours selon Thomas Pavel, dans la nécessité d'une référence à la réalité⁷³⁹. En substance, il n'y a pas de fiction sans référence à la réalité. En tant que monade, la fiction n'existe pas. Elle existe uniquement par rapport à la réalité. Par exemple, si un énoncé dispose que « la voiture est de couleur ronde », il faut savoir que « rond » n'est pas une couleur pour comprendre que la phrase est fictionnelle. Les éléments de la réalité sont donc des « indicateurs de fiction ». Leur

⁷³⁶ Cour EDH, *Da Silva c. Portugal*, *op. cit.*, § 28.

⁷³⁷ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, *op. cit.*, § 54.

⁷³⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *Bull.* n° 73.

⁷³⁹ T. PAVEL, *Univers de la fiction*, *op. cit.*, p. 181.

emploi ne devrait alors pas suffire à disqualifier le caractère fictionnel du discours. L'emploi de véritables noms de personnes, de lieux existants et de situations réelles ne devrait donc pas faire obstacle à la qualification de la fiction. La décision *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July* de la Cour EDH, en retenant que l'utilisation du personnage de M. Le Pen disqualifie la fiction, nous semble, par conséquent, négliger cet aspect de la fictionnalité. Comment créer une fiction sans faire référence à la réalité ? La théorie littéraire nous indique que cela est impossible. Dans ce sens, la référence à la réalité est un critère retenu par cette même juridiction dans d'autres situations. Ainsi, concernant une expression d'art graphique, la Cour EDH précise qu' « *il faut souligner que le tableau n'utilisait des photos que pour les têtes de ces personnes, et que leurs yeux étaient cachés par des bandes noires et leurs corps peints de manière irréaliste et exagérée* ». Elle en tire la conclusion que « *les juridictions internes de tous les niveaux ont communément estimé que le tableau ne visait à l'évidence nullement à refléter ou même à évoquer la réalité* »⁷⁴⁰, bien que les personnes soient identifiables.

351. La mise en œuvre de la loi du genre créatif que constitue la fiction suppose en définitive une distance consciente de la réalité mêlée à des références à la réalité. Les caractéristiques des créations sont pourtant parfois fluctuantes. M. Pavel analyse la volatilité de la définition de la fiction en proposant de la considérer comme une notion évolutive. À l'instar de Nelson Goodman, selon lequel il convient de déterminer « quand est-ce de l'art ? », M. Pavel suggère de se demander « quand est-ce de la fiction ? »⁷⁴¹. Cette interrogation invite le juge à appréhender la fiction de façon souple. Selon son contexte, une création peut alternativement constituer une représentation de la réalité et un discours fictionnel.

352. Notons enfin que la Cour constitutionnelle allemande admet une *présomption de fictionnalité* des œuvres artistiques⁷⁴². Pour la combattre, il ne suffit pas de démontrer que les personnes sont « reconnaissables ». Il faut en plus démontrer que l'auteur laisse entendre que les événements et les faits présentés sont imputables aux personnes « reconnaissables ». Le rapport de proportionnalité s'exprime de la façon suivante sous la plume des opinions dissidentes des juges Hohmann-Dennhardt et Gaier sous la décision *Esra* : « *plus la distance avec le réel est importante, plus la liberté artistique est importante ; en revanche, plus les*

⁷⁴⁰ Cour EDH, *Vereinigung Bildener Künstler c. Autriche*, op. cit., § 33.

⁷⁴¹ T. PAVEL, *Univers de la fiction*, op. cit., p. 181.

⁷⁴² Décisions *Esra* du 13 juin 2007 : BVerfG, *Esra*, 1 BvR 1783/05 (2007), *AIJC* 2007, p. 607, note O. JOUANJAN

personnages sont reconnaissables, plus il y a atteinte à la personnalité ; plus l'expression porte sur le domaine de l'intime, plus il doit y avoir de distanciation »⁷⁴³.

II – Les autres genres de discours

353. *Les expressions humoristiques.* La fiction se rencontre également en matière d'expression comique et satirique. L'expression comique suppose en effet une distanciation de la réalité. « La transgression des normes et la substitution de règles nouvelles » est le propre du rire et du jeu selon le philosophe Maurice Blondel⁷⁴⁴. Le rire est le plus souvent provoqué par le décalage créé entre la réalité d'une situation et sa perception. Qu'il s'agisse de provocation, d'exagération ou de caricature, l'expression humoristique est le produit du décalage par rapport à la réalité. La prise en compte de la distance fictionnelle est perceptible dans l'interprétation de l'article L.122-5-4 du CPI prévoyant l'exception de parodie. La Cour de cassation considère que la parodie suppose un « travestissement » ou une « modification » de l'œuvre⁷⁴⁵. La distance par rapport à l'œuvre originale justifie la mise en place de cette exception. Au contraire, la reprise servile de l'œuvre n'est pas susceptible de justifier l'exception de parodie. La parodie suppose donc, selon la formule du TGI de Paris, un « travail de travestissement ou de subversion et donc de distanciation par rapport à l'œuvre parodiée » (souligné par nous)⁷⁴⁶. La notion de parodie d'œuvre a ensuite été étendue aux marques par l'Assemblée Plénière lors de la jurisprudence *Guignol de l'info*. La Cour de cassation exige alors que la parodie ne crée « aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique »⁷⁴⁷. La parodie et les expressions artistiques partagent donc bien un « effet de distance » par rapport à la réalité, caractérisé par le « grossissement caricatural » ou « l'imitation déformante » de la réalité⁷⁴⁸. Les expressions satiriques partagent également avec les expressions créatives la caractéristique de déformer la réalité. La Cour EDH relève « les caractéristiques intrinsèques d'exagération et de distorsion de la réalité » de la satire⁷⁴⁹.

⁷⁴³ Trad. O. JOUANJAN, *AJJC* 2007, p. 607.

⁷⁴⁴ M. BLONDEL, *Le risible et le dérisoire*, PUF, 1988, p. 81, cité par P. RAINVILLE, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Les Presses de l'Université de Laval, coll. Dikès, 2005, p. 4.

⁷⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1988, « Douces transes », *D.* 1998, jur. p. 1, note P.-Y. GAUTIER, *Légipresse* n° 50, p. 23 : « le travestissement des seules paroles suffit à réaliser celui de cette œuvre prise dans son ensemble et à empêcher toute confusion ». Ce type de formulation est régulièrement utilisé par la jurisprudence. Voy. par ex. Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1997, *D.* 1998, p. 166 note X. DAVERAT, *JCP E* 1998, p. 1250, note D. BOUGEROL : « la photographie publiée ne constituant aucune modification ou travestissement de l'œuvre dans le sens invoqué », CA Paris, 4^o ch., 17 octobre 1980, *D.* 1982, inf. rap., p. 42, obs. COLOMBET : L'absence de distanciation comique dans le titre et la couverture par rapport à l'œuvre première fonde le refus du bénéfice de l'exception de parodie.

⁷⁴⁶ TGI Paris, orf. réf., 11 juin 2004, *Prop. Intell.* 2005, p. 55, obs. A. LUCAS.

⁷⁴⁷ Ass. Plén., 12 juillet 2000, *Société Automobiles Citroën c. Canal Plus*, *Légipresse*, n° 175-III, p. 162.

⁷⁴⁸ F. PASSOT, *L'humour et le droit*, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁴⁹ Cour EDH, *Verenigung Bildener Künstler c. Autriche*, *op. cit.*, § 33.

Comme la création, la satire suppose la réunion des deux caractéristiques de la fiction. La satire nécessite d'abord une déformation de la réalité. Elle constitue ensuite une déformation volontaire de la réalité.

354. *Le travail de l'historien.* La création fictionnelle s'oppose également au travail journalistique et plus généralement à la recherche de la vérité. Le travail de recherche de la vérité impose au locuteur d'offrir un discours au plus proche du réel. Le contexte de présentation permet de déterminer si le travail vise la fiction ou le réel. Cette opposition se manifeste particulièrement dans le travail des historiens. La jurisprudence exige traditionnellement de l'historien un travail de recherche de la vérité⁷⁵⁰. Il importe peu que le résultat de la recherche historique ne soit pas vrai tant que le contexte (qualité de l'auteur, méthodes de travail, honnêteté intellectuelle, etc.) s'y prête. Pour les écrivains, un tel devoir d'objectivité n'est pas exigé car l'objectif de recherche de la vérité n'entre pas dans leur travail⁷⁵¹. Cette solution est proposée par une ancienne jurisprudence. Par exemple, le roman *La route de Varennes* d'Alexandre Dumas n'a pas fait l'objet de condamnation pour avoir omis les différentes thèses historiques en raison des qualités romanesques du travail⁷⁵².

355. *Le travail du journaliste.* La recherche de la vérité se manifeste aussi dans le travail du journaliste. Le journalisme suppose un travail de recherche d'informations dont le lecteur est en droit d'attendre la véracité. Le recours à la fiction représenterait alors une faute de la part du journaliste. La Cour de cassation enregistre cette distinction. Elle dispose que « *le respect de la vie privée s'imposait avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant une mission d'information* »⁷⁵³. En effet, la vie privée est une traduction du réel. À cet égard, la jurisprudence européenne reconnaît que le mélange de la réalité et de la fiction impose au créateur un certain devoir d'objectivité. La Cour EDH approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir estimé que le sérieux d'une « enquête » doit être apprécié avec plus de souplesse s'agissant d'un auteur de fiction dans la mesure où le but de la création n'est pas exclusivement d'informer le lecteur⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Cass. civ., 27 février 1951, *op. cit.*, Cour EDH, *Chauvy c. France*, *op. cit.*, § 69.

⁷⁵¹ C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Dalloz, coll. « NBT », 2007, p. 283.

⁷⁵² CA Paris, 26 avril 1865, *D.* 1865, jur. p. 289, note A. BOULLANGER.

⁷⁵³ Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, *JCP* 2003, II, 10139, note RAVANAS, *D.* 2004, jur., p. 1633, note Ch. CARON, *GP* 2003, n° 284, p. 18.

⁷⁵⁴ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, § 55, CA Paris, 11^o ch., 13 septembre 2000, *Lindon c. Le Pen* : « *S'agissant d'un ouvrage de fiction, la question du sérieux de l'enquête ayant présidé à l'ouvrage ne peut être appréciée comme s'il s'agissait d'un écrit ayant vocation à informer le lecteur de faits réels ou à en présenter le commentaire* ».

356. *Le travail documentaire.* L'acte créatif s'oppose également au travail documentaire⁷⁵⁵. À l'instar du journalisme, le travail documentaire renseigne sur le réel, bien qu'il ne soit pas nécessairement objectif. Le terme documentaire provient du latin « *docere* » qui signifie « faire apprendre, enseigner ». Aujourd'hui, le documentaire vise la transmission d'un savoir, d'une connaissance sur le réel. Le documentaire entretient toutefois des rapports ambigus avec la fiction dans la mesure où il nécessite une mise en scène, un cadrage, un montage et parfois une voix-off⁷⁵⁶. Quoiqu'il en soit, la définition du film documentaire retenue par le TA de Paris s'inscrit dans cette opposition entre réalité et fiction. Il estime ainsi que les caractéristiques du film documentaire résident dans la captation d'un phénomène réel et la préexistence de celui-ci au filmage⁷⁵⁷. La construction du récit (mise en scène, cadrage, etc.) n'est en pas revanche un critère suffisant pour distinguer le documentaire et la fiction. La construction du récit est en effet une *méthode* au service de la narration documentaire ou fictionnelle. La construction du récit n'a pas d'influence sur le rapport à la réalité. Le TGI de Paris considère « *qu'il est intellectuellement acquis aujourd'hui que toute œuvre documentaire implique, à l'instar des autres œuvres scientifiques ou artistiques, une construction* ». Il ajoute que « *l'existence de ce processus de construction ne permet aucunement d'assimiler documentation et fiction* »⁷⁵⁸.

357. *Les docufictions.* En outre, un mode de narration bouscule la distinction entre le réel et la fiction. Il s'agit des « docufictions » ou « fictions du réel ». Ce genre désigne le traitement scénarisé d'événements ou de sujets de société. Ils heurtent fréquemment les droits de la personnalité⁷⁵⁹ ou le droit à la présomption d'innocence⁷⁶⁰. La jurisprudence les appréhende difficilement. Le TGI de Paris a par exemple estimé qu'un docufiction constitue une œuvre d'imagination « *inspirée de faits exacts et connus du public en raison de la divulgation qui en a été faite au cours du procès criminel de Jean-Louis T.* »⁷⁶¹. Ce genre invite donc le juge à distinguer, au sein d'une même création, les éléments réels et fictionnels.

⁷⁵⁵ M. SERNA, « Enjeux juridiques et judiciaires du documentaire audiovisuel », *D.* 2007, p. 1975.

⁷⁵⁶ Sur ces questions : F. NINEY, *Le documentaire et ses faux-semblants*, Klincksieck, 2009.

⁷⁵⁷ TA Paris, 11 mars 2004, *SACD c. CNC*, *JCP G* 2004, I, 182, note S. REGOURD.

⁷⁵⁸ TGI Paris, 27 septembre 2004, *Etre et avoir*, *D.* 2005, p. 92, note B. EDELMAN, *D.* 2005, chron. 577, note M. SERNA.

⁷⁵⁹ TGI Paris, 17^o ch., 9 décembre 2002, « *Mariage mixte* », *D.* 2003, p. 1715, note Ch. CARON.

⁷⁶⁰ TGI Nanterre, ord. réf., 9 mars 2005, « *Heaulme c. TF1* », *JCP G* 2005, II, 10094, note E. DERIEUX.

⁷⁶¹ TGI Paris, 17^o ch., 9 décembre 2002, *op. cit.*

§ 2 – Les effets de la fiction

358. Le caractère fictionnel de la création est susceptible de produire différents effets quant à la portée de la liberté de création. D'une part, les limites de la liberté de création sanctionnant la réalisation d'un *fait* ne sont pas applicables à la création fictionnelle (I). En revanche, la fiction ne fait pas obstacle à la sanction des *opinions* (II).

I – La création d'une situation fictive

359. *Les faits et les opinions.* Le caractère fictionnel d'un récit fait obstacle à la sanction des abus de la liberté d'expression visant à sanctionner un *fait*. La distinction entre les *faits* et les *opinions* explique cette première conséquence de la fiction. Pour mieux comprendre, il faut se tourner vers la jurisprudence de la Cour EDH. Selon elle, « *il y a lieu de distinguer avec soin entre faits et jugements de valeur* » car « *si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude* »⁷⁶². Une information traduit une donnée réelle dont la source est identifiable. Elle peut donc faire l'objet d'une preuve de la part du locuteur. Le devoir d'objectivité du journaliste et de l'historien découle de ce principe. Par opposition, les opinions ne peuvent pas quant à elles faire l'objet d'une preuve étant par définition subjectives. La preuve d'une opinion est impossible à apporter. Au sein de cette dichotomie, les expressions créatrices de fiction correspondent à des jugements de valeur. La création de fiction est issue de l'imagination du créateur. Elle ne tend pas à transmettre un *fait* réel. Lorsque la création fictionnelle s'appuie sur des faits réels, elle s'analyse en une opinion ou un sentiment du créateur⁷⁶³. En vertu de cette distinction entre les faits et les jugements de valeur, les limites de la liberté de création qui tendent à la sanction de l'expression d'un *fait* ne devraient pas être admises⁷⁶⁴. Cette conséquence vise indistinctement les limites de nature civile et pénale. La fiction situe le propos ou l'action dans le monde du « *comme si* », transcendant le réel. La création fictionnelle permet ainsi une extraction de l'expression à l'emprise de la réalité⁷⁶⁵.

⁷⁶² Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, Req. n° 9815/82, § 46, Cour EDH, 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, Req. n° 19983/92, § 42, Cour EDH, *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, § 98, Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, § 55, Voy. également Cass. crim, 14 février 2006, *Bull.* n° 40.

⁷⁶³ R. BEZANSON, « Art and the constitution », *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, mai 2008, disponible sur <http://www.ssrn.com> (juillet 2010).

⁷⁶⁴ E. BARENDT, « Defamation and Fiction », in Michael FREEMAN et Andrew D. E. Lewis, *Law and Literature*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 481 s., T. HOCHMANN, « Diffamation et fiction », *Medialex* 1/2008.

⁷⁶⁵ N. MALET-POUJOL, « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *Legicom* n° 24, 2001, p. 107, spéc. p. 120.

360. *L'élément matériel des infractions pénales.* Le caractère fictionnel d'une expression est susceptible de faire disparaître l'élément matériel d'une infraction pénale. Le droit pénal ne sanctionne en effet que les faits réels et non les faits imaginaires. La réalisation de l'élément matériel d'une infraction suppose la réalisation du fait juridique dans le monde réel. La réalisation d'un fait dans un univers fictif, ou virtuel, doit donc échapper à la sanction du droit pénal. Ce raisonnement est adopté par la jurisprudence dans l'affaire *Pogrom*⁷⁶⁶. Le TGI de Paris affirme que « *la notion même d'œuvre de fiction implique l'existence d'une distanciation, qui peut être irréductible entre l'auteur lui-même et les propos ou actions de ses personnages ; qu'une telle distance, appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits* » (souligné par nous). Un autre exemple, relatif à l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, prévue par l'article L.3511-3 du CSP, montre la prise en considération par la jurisprudence de la distance entre la réalité et la fiction. La même juridiction prévoit ainsi que « *l'image en cause est une œuvre de pure fiction* » incompatible avec la qualification de publicité ou de propagande⁷⁶⁷. La « pure fiction » désigne ici le *mode* du discours. L'image en cause, si elle met en scène des éléments de la vie réelle (en l'espèce une véritable actrice et un véritable cigare), traduit un mode de récit fictionnel. Nous avons déjà précisé que la fiction nécessite une référence au réel. La jurisprudence ne tient toutefois pas toujours compte de cet effet en condamnant par exemple de la mise en vente d'une « poupée vaudou » à l'effigie du Président de la République⁷⁶⁸. En l'espèce, la jurisprudence a conclu à l'atteinte à sa dignité en raison des inscriptions sur la boîte de la poupée incitant à « *faire mal symboliquement* ». Il s'agit ainsi d'une limite à la liberté d'expression entraînant la sanction de faits imaginaires. Piquer une poupée vaudou ne « fait mal » que de façon imaginaire, c'est-à-dire dans l'esprit de celui qui y croit : on peut ici légitimement penser que le « pacte fictionnel » est garanti.

361. *La théorie de l'acceptation des risques.* L'effet de la fiction sur l'élément matériel des limites de la liberté de création ne doit pas être confondu avec la théorie de l'acceptation des risques en matière ludique et sportive⁷⁶⁹. La réalisation de faits dans le cadre de manifestations sportives peut donner lieu à des qualifications pénales. Par exemple, un boxeur donne de véritables coups. On pourrait imaginer appliquer le même effet qu'en matière de fiction : le sportif n'a pas frappé « pour de vrai » son adversaire. Les coups ont été portés dans

⁷⁶⁶ TGI Paris, 17^o ch., 16 novembre 2006, « *Pogrom* », *op. cit.*

⁷⁶⁷ TGI Paris, 31^o ch., 27 avril 2007, *Légipresse* 2007, n^o 242, I, p. 86.

⁷⁶⁸ CA Paris, 14^{ème} ch., sect. B, 28 novembre 2008, « *Poupée Vaudou* », *JCP E* 2009, n^o 40, p. 16, note A. ZOLLINGER.

⁷⁶⁹ Cass. 2^{ème} civ., 10 avril 1991, *Bull.*, n^o 121.

le cadre du jeu. Mais il n'en demeure pas moins que le boxeur a porté ces coups « dans la réalité ». La différence avec la fiction est importante car, dans le pacte fictionnel, les actions réalisées ne sont pas réelles. Pour cette raison, la jurisprudence applique la théorie de l'acceptation des risques en matière sportive et non la théorie de l'effet de fiction.

362. *La théorie de la réception.* La fiction évoque enfin la théorie de la réception. Elle a notamment été étudiée par le Professeur de littérature allemande Hans Robert Jauss⁷⁷⁰. Elle signifie que la dangerosité d'une expression doit être sanctionnée en fonction de la façon dont elle est reçue par la société. Elle se prête parfaitement à l'étude des messages artistiques⁷⁷¹. Une des premières traductions juridiques de cette théorie réside dans la jurisprudence américaine en matière de liberté d'expression. En particulier, le célèbre test du « *danger clair et pressant* » (*clear and present danger*), proposé par le juge Holmes en 1919 dans son opinion dans l'affaire *Schenck v. United States*, traduit la prise en compte de la réception d'une expression par le public⁷⁷². L'exemple fourni par le juge Holmes est révélateur de l'impact potentiel d'une expression sur un public. Ainsi, le fait qu'un spectateur crie « Au feu ! » dans un théâtre complet (« *Shooting "fire !" in a crowded theater* ») se révèle très dangereux car le mouvement de panique provoqué par cette fausse alerte met en danger les personnes qui s'y trouvent. En revanche, la même phrase prononcée par un comédien sur scène ne cause aucun mouvement de foule. Le public pense qu'il s'agit du texte de la pièce de théâtre. La théorie de la réception implique donc d'examiner un message en fonction du public qui le reçoit.

363. Les manifestations de la théorie de la réception sont moins nettes dans la jurisprudence de la Cour EDH. La question est pourtant âprement discutée par les juges de la Cour EDH à travers leurs opinions exprimées en marge des décisions de la Cour. Le juge Türmen s'interroge ainsi ouvertement dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire *Yagmurdereli c. Turquie* : « *la question soulevée en l'espèce est celle de savoir si la Cour doit examiner un discours donné sous l'angle de l'article 10 tel qu'il est perçu par le public auquel il est destiné. En d'autres termes, dans les affaires mettant en cause l'article 10, la Cour peut-elle substituer à la perception du public sa propre compréhension du*

⁷⁷⁰ H.-R. JAUSS *Pour une esthétique de la réception*, préf. J. STAROBINSKI, 1972, Verlagsansalt, Constance, 1972, trad. française 1978, Gallimard.

⁷⁷¹ Voy. une analyse juridique à partir de la théorie de la réception : B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, thèse, Limoges, 2010.

⁷⁷² Précisons cependant que le juge Holmes ignorait à l'évidence les théories esthétiques de la réception, car les premières formalisations de celles-ci, chez JAUSS et BARTHES, sont postérieurs à l'affaire *Schenck v. United States*.

discours ? »⁷⁷³. Le juge Türmen se prononce en faveur de la prise en compte de la perception par le public car, à l'instar de la justification apportée par le juge Holmes, elle permet de mesurer avec plus de précision la dangerosité du propos. L'inspiration américaine est d'ailleurs clairement revendiquée par le juge Bonello dans son opinion concordante dans l'affaire *Karastas c. Turquie*⁷⁷⁴. Il propose en effet de rechercher un « *danger clair et présent* » (sic). Le juge Loucaides considère également, dans l'affaire *Vereinigung Bildener Künstler*, que « *ce qui compte est l'effet sur l'observateur de l'image qu'il voit* »⁷⁷⁵. Malgré la discordance des juges de la Cour EDH, le critère de la perception du public est en pratique utilisé dans certaines décisions. La prise en compte du contexte d'une expression a ainsi bien souvent pour objet de déterminer l'état d'esprit dans lequel se trouvait le public au moment de la recevoir. La Cour EDH énonce par exemple dans l'affaire *Jersild c. Danemark* qu'« *il ne faut pas oublier que le sujet fut projeté dans le cadre d'une émission d'actualité danoise sérieuse et était destinée à un public bien informé* »⁷⁷⁶. L'analyse du contexte de l'expression a donc pour conséquence l'examen de la perception que peut avoir le public de l'information litigieuse. De la même manière, la Cour EDH tient compte du critère de la perception par le public lors de l'affaire *Akdas c. Turquie*. Lors de cette affaire qui concernait la traduction en turc du roman *Les onze mille verges* d'Apollinaire, les juges de Strasbourg ont relevé que l'œuvre avait été publiée dans la célèbre collection « La Pléiade ». Une telle publication signifie que le public ne saurait se méprendre sur la nature de la création.

364. *L'effet de la fiction sur la diffamation.* Le caractère fictionnel d'une expression produit deux effets sur la sanction de la diffamation. Le premier porte, en matière de diffamation, sur la condition laquelle l'expression doit reposer sur un « *fait précis* »⁷⁷⁷. La diffamation sanctionnant une atteinte à l'honneur, il est nécessaire que les faits imputés à la personne soient précis. Le fait fictionnel ne peut être « précis » car il est issu de l'imagination de son auteur. La fiction prive ensuite le diffamateur de la possibilité de démontrer sa bonne foi. Il faudrait pour cela que le propos repose sur une « *base factuelle suffisante* »⁷⁷⁸. Or, la fiction ne représente pas par définition une « base factuelle suffisante ». La Cour EDH considère

⁷⁷³ Cour EDH, 4 juin 2002, *Yagmurdereli c. Turquie*, opinion partiellement dissidente du juge TÜRMEŒN.

⁷⁷⁴ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, *op. cit.*, opinion concordante du juge BONELLO.

⁷⁷⁵ Cour EDH, *Vereinigung Bildener Künstler*, *op. cit.*, opinion dissidente juge LOUCAIDES.

⁷⁷⁶ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, *op. cit.*, § 34.

⁷⁷⁷ B. BEIGNIER et alii, *Traité du droit de la presse*, *op. cit.*, n° 723.

⁷⁷⁸ Cass. crim., 26 mai 2010, *D.* 2011, pan. p. 786, note E. DREYER.

d'ailleurs logiquement que les énoncés purement fictifs ne représentent pas des bases factuelles suffisantes⁷⁷⁹.

365. *L'effet de la fiction sur le droit à la vie privée.* La nature fictionnelle d'un message produit également une conséquence en matière de protection de la vie privée. La difficulté concerne l'hypothèse où des faits fictifs sont prêtés à des personnes réelles, dans le cadre d'un roman, d'un film ou d'autres énoncés fictionnels. En tant que « faits », les éléments imaginaires de la « vie privée » (image, nom, situation maritale, etc.) ne doivent pas être garantis par le droit à la vie privée dans le cadre d'une fiction⁷⁸⁰. Le traitement fictionnel du moment de la « naissance » d'une personne n'est ainsi pas garanti par le droit à la vie privée, bien que le fait soit réaliste⁷⁸¹. De même, la réalisation d'un dessin, même « réaliste », d'une personne nue ne porte pas atteinte à sa vie privée⁷⁸². La jurisprudence sanctionne cependant les faits imaginaires lorsqu'ils créent un « risque de confusion » dans l'esprit du public⁷⁸³. La première chambre civile considère par exemple que « *l'utilisation dans une œuvre qui n'est que partiellement de fiction (...) des prénoms et nom de personnes existantes et identifiables comme telles tant en raison de cette utilisation que de l'évocation des événements véritables auxquels elles ont été mêlées constitue à elle seule, une atteinte illicite à l'intimité de leur vie privée des lors que l'œuvre est censée les représenter dans leur existence quotidienne à l'intérieur de leur domicile* » (souligné par nous). Les formules varient suivant les espèces. Le TGI de Paris considère qu'un auteur « *peut, certes, utiliser des faits réels et mettre en scène des personnages vivants, mais ne saurait, sans l'accord de ceux-ci, empiéter sur le terrain de leur vie privée, dès lors du moins que l'œuvre ainsi réalisée ne présente pas clairement les éléments ressortant de celle-ci comme totalement fictifs* »⁷⁸⁴ (souligné par nous). Le critère du risque de confusion manifeste alors un « abus » de la liberté de la fiction : le préjudice est causé par le risque que le public puisse croire en la véracité des propos.

⁷⁷⁹ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, op. cit., § 55. Voy. également : TGI Paris, 17^o ch., 7 février 2008, « *N. Paoli c. J.-F. Laumière* », *Légipresse* 2008, n^o 253, I, p. 95, TGI Paris, 17^o ch., 17 novembre 2004, *Légipresse* 2005, n^o 219, I, p. 23.

⁷⁸⁰ C. LABRUSSE-RIOU, « La vérité dans le droit des personnes », in B. EDELMAN, M.-A. HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, Éd. C. Bourgeois 1988, p. 159 s., spéc. p. 195, A. LUCAS-SCHLOETTER, *JCl. Civil Annexes*, « Nature du droit d'auteur. Droit d'auteur et droit de la personnalité », fasc. 1118, 2008, n^o 9 à 13.

⁷⁸¹ TGI Paris, 17^o ch., 3 avril 2006, *Gary c. Fayard*, *Légipresse* 2006, I, p. 72.

⁷⁸² Cass. 1^{re} civ., 8 janvier 1980, *Bull.* n^o18, *D.* 1980, IR p. 258. Comp. CA Paris, 2 décembre 1897, *Ann. prop. ind.* 1899, 2, p. 62, TGI Paris, 13 mars 1973, *Chemin c. Lelouch*, *JCP G* 1975, II, 17935.

⁷⁸³ Voy. parmi de très nombreuses décisions : TGI Seine, 22 octobre 1963, *de Courseulles c. Guimard et Éditions Denoël*, *GP* 1964, 1, p. 86, TGI Paris, 18 septembre 1991, *Stefanaggi c. Éditions Albin Michel et Quenot*, *JurisData* n^o1991-051178, TGI Paris, 19 mai 1972, *Silbermann c. Lacretelle et a.*, *RIDA* 1973, n^o75, p. 143 ; CA Aix-en-Provence, 2 février 2006, *D. c. TFI*, *JurisData* n^o2006-315206, TGI Paris, 17^o ch., 3 avril 2006, *Denicourt c. Desplechin*, *Légipresse* 2006, I, p. 72.

⁷⁸⁴ TGI Paris, 17 septembre 2007, *Villemin c. Besson, Nora et Éditions Grasset*, op. cit.

366. *L'arrêt « Renard des grèves ».* Le critère du risque de confusion relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est le cas lors de l'arrêt « *Renard des grèves* » rendu par la première chambre civile en 2006⁷⁸⁵. Cet arrêt concernait la publication d'un roman se déroulant dans une petite commune du Finistère. Une des habitantes était décrite comme une ancienne prostituée. Bien que la personne n'ait jamais exercé une telle activité, la Cour de cassation admit l'atteinte à la vie privée. Elle rejeta le moyen du pourvoi au motif « *qu'après avoir souverainement relevé l'amalgame auquel conduisait nécessairement les divers points de similitudes, dûment rapportés, entre le personnage du roman et l'intéressée la cour d'appel a exactement retenu qu'une œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée* » (souligné par nous). Un commentateur considère ainsi qu'« *au fond, une vraie fiction ne doit pas pouvoir se rattacher à la réalité !* »⁷⁸⁶. Cet arrêt est cependant contestable : le droit à la vie privée protège en principe les éléments « réels » de la vie privée. La « vie privée imaginaire » nous semble en dehors de la vie privée. La protéger conduit en fait à sanctionner une atteinte à la réputation.

II – L'expression d'une opinion

367. *La position du problème.* Nous avons observé que la fiction suppose d'opérer une distinction entre les faits de la réalité, vrais ou faux, et les faits fictionnels. S'agissant des limites à la liberté de création ne reposant pas sur la sanction de faits, mais sur la sanction d'opinions, la fictionnalité ne devrait *a priori* pas modifier la manière de juger ces messages. Cela dit, considérer par principe que la fiction exclut la sanction des opinions conduirait à refuser aux créations fictionnelles la capacité de véhiculer des idées. Or, les créations fictionnelles, ou virtuelles, sont porteuses de sens. La Cour EDH considère à cet égard qu'« *un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif* »⁷⁸⁷. Par principe, l'univers fictionnel ne représente donc pas un obstacle à la sanction des opinions. Les romans, les films ou les poèmes véhiculent des opinions. Par conséquent, le caractère fictionnel du message est compatible avec la sanction des infractions limitant la

⁷⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, *Jean X. et éditions du Paléon c. Mme Y.*, Bull., n°59, concl. J. SAINTE-ROSE, GP 2006, n° 164, p. 6, *Légipresse* n°230-27, *RTD Civ.* 2006, p. 279, note J. HAUSER, *JCP G* 2006, II, 10041, note G. LOISEAU.

⁷⁸⁶ J. HAUSER, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, *op. cit.*, p. 279.

liberté d'opinion, comme l'injure, la prohibition des messages racistes, les atteintes au sentiment religieux et l'interdiction de contestation de crime contre l'humanité. Le caractère fictionnel n'exclut pas l'intention de nuire.

368. *La liberté des opinions intradiégétiques.* Afin de déterminer les « limites admissibles »⁷⁸⁸ de la liberté d'opinion, il faut déterminer avec précision dans quelles mesures l'opinion, traduite dans la création, exprime celle du créateur. Pour cela, il faut examiner le mode de discours du récit fictionnel⁷⁸⁹. À l'aide des théories esthétiques, la distinction entre le niveau narratif *intradiegétique* et *extradiégétique* permet de déterminer avec plus de précision la responsabilité du créateur. La « diégèse » fait référence à « l'univers de l'œuvre », c'est-à-dire au « monde posé par une œuvre d'art »⁷⁹⁰. Le discours diégétique correspond à « ce qui se rapporte ou appartient à l'histoire »⁷⁹¹. En tant qu'univers de la création, la diégèse comprend indifféremment les récits d'imagination et les représentations fidèles de la réalité. L'appartenance au monde de la création suppose une distance entre la création et la réalité, peu importe que les éléments de la diégèse ressemblent ou non aux éléments du monde réel. La présence de personnes réelles dans un discours créatif ne compromet pas le monde diégétique. De même, dans les créations de théâtre et de cinéma, où le réel et la fiction se confondent, la diégèse et la réalité demeurent distinctes l'une de l'autre. La signification large de la notion est résumée ainsi par M. Souriau : « la diégèse est le monde représenté dans l'œuvre, quelle que soit sa relation avec le monde réel ». Définir la diégèse de la création conduit à distinguer deux niveaux de discours. Le discours *intradiegétique* correspond au discours propre au monde de l'œuvre. Par opposition, le discours *extradiégétique* correspond aux éléments du discours qui n'entrent pas dans la création. Le caractère fictionnel d'une création n'interdit pas de rechercher l'intention du créateur. Seulement, lorsque le discours tenu est *intradiegétique*, c'est-à-dire qu'il est inclus dans le pacte fictionnel, la recherche de l'intention du créateur s'avère difficile⁷⁹². En toute hypothèse, l'interprétation des propos d'un personnage fictif ne traduit pas nécessairement l'opinion du créateur.

⁷⁸⁷ Cour EDH, *Paturel c. France*, Req. n° 54968/00, § 36, Cour EDH, 27 février 2001, *Jerusalem c. Autriche*, Req. n° 26958/95, § 43, Cour EDH, Gr. ch., 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, Req. n° 49017/99, § 76, Cour EDH, 6 octobre 2009, *Kuliš et Różycki c. Pologne*, Req. n° 27209/03, § 32.

⁷⁸⁸ Cass. crim., 14 février 2006, *Dr. Pén.* 2006, n° 67.

⁷⁸⁹ Sur les « modes du discours » : G. GENETTE, *Figures III*, Editions du Seuil, coll. « Poétique », 1972, p. 183 et s.

⁷⁹⁰ E. SOURIAU (DIR.), *Vocabulaire d'esthétique*, op. cit., le mot « diégèse ».

⁷⁹¹ G. GENETTE, *Figure III*, op. cit., p. 280.

⁷⁹² E. SOURIAU, *Vocabulaire d'esthétique*, op. cit., « Intention » : la connaissance des intentions de l'auteur exige « qu'il les ait indiquées explicitement et avec sincérité »

369. *L'élément moral de la faute.* La difficulté, voir l'impossibilité, de déterminer l'intention de l'auteur dans le discours intradiégétique conduit à remettre en cause l'élément moral de la faute. L'effet du discours intradiégétique sur l'élément moral de la faute reçoit une application dans la jurisprudence de la Cour EDH. Ainsi, par l'arrêt *Leroy c. France*, elle scrute l'intention du créateur d'un dessin litigieux en tenant compte du mode du discours : « *le dessinateur justifie le recours au terrorisme, adhérant par l'emploi de la première personne du pluriel (« nous ») à ce moyen de destruction, présenté comme l'aboutissement d'un rêve et en encourageant indirectement en définitive le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel* »⁷⁹³. Malgré la prise en considération du mode du discours, l'analyse de la Cour EDH demeure cependant contestable car, en l'espèce, le recours au pronom « nous » faisait référence à un célèbre slogan publicitaire et ne semblait pas devoir traduire l'opinion du dessinateur. L'élément matériel de la faute sera le plus souvent intact. Une injure demeure *matériellement* une expression outrageante lorsqu'elle est tenue par un personnage de fiction. Finalement, la limite de la liberté de création devrait résider, comme en matière humoristique, dans la découverte de l'intention de nuire du créateur.

370. *L'élément matériel de la faute.* Des auteurs estiment pourtant « que c'est sur le terrain de l'élément matériel du délit [d'injure] que les juridictions peuvent trouver une marge de manœuvre, par exemple, selon le contexte psychologique et social de l'énoncé d'un propos familial ou grossier »⁷⁹⁴. La jurisprudence fait en effet parfois produire à la fiction un effet sur l'élément matériel des limites à la liberté d'opinion. Par exemple, la nature fictionnelle d'un roman a conduit le TGI de Paris à conclure à la « *disparition de l'élément matériel* » d'apologie⁷⁹⁵. De même, la Cour de cassation considère que la « *parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, ne constitue pas l'injure* » (souligné par nous)⁷⁹⁶. La portée de cet arrêt demeure toutefois relative dans la mesure où l'élément matériel du délit faisait défaut, indépendamment du

⁷⁹³ Cour EDH, 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, Req. n° 36109/03, § 42 et 43.

⁷⁹⁴ B. BEGNIER et alii., *Traité du droit de la presse*, op. cit., n° 817.

⁷⁹⁵ TGI Paris, 17^o ch., 16 novembre 2006, *Bénier-Burckel*, op. cit., Voy. également : TGI Paris, 17^o ch., 9 mai 2006, *Légipresse* 2006, n° 235, I, p. 137, à propos d'un dessin irréaliste d'un fonctionnaire de police, représenté avec un groin de cochon, bavant, prononçant « vos papiers » avec les couleurs du drapeau français : « *caricature d'un fonctionnaire présenté non pas en tant que tel, mais en tant qu'il fait usage, sans discernement ni humanité, des prérogatives qui lui sont données par la loi* ». La décision sous-tend l'idée selon laquelle le fonctionnaire de police représenté n'est pas un vrai fonctionnaire.

⁷⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, *Bull.* n° 485.

mode d'expression⁷⁹⁷. En matière d'injure religieuse, la Cour de cassation considère également que la conformité à l'article 10 de la Convention EDH de la sanction d'un dessin humoristique est justifiée par l'appréciation de l'élément matériel de l'infraction. En l'espèce, la chambre criminelle considère qu'un dessin représentant une religieuse et un angelot muni d'un arc et de flèches avec des préservatifs, accompagné de la légende « Saint Capote protège-nous », « *ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression* »⁷⁹⁸. Le contrôle de la Cour de cassation se place ainsi sur le terrain du « contenu » de la création, c'est-à-dire de l'élément moral. Quoiqu'il en soit, les opinions exprimées dans le cadre de la diégèse relèvent de la fiction. Les opinions qui y sont exprimées ne sont ni vraies ni fausses.

371. La liberté des opinions intradiégétiques n'est pas exempte de critiques. La principale porte sur la difficulté de manipuler les différents niveaux du discours. Un tel principe suppose de procéder à une analyse précise de la création et donc d'ériger le juge en critique d'art⁷⁹⁹. Cette méthode conduirait à une situation d'insécurité juridique car le résultat d'un procès dépendrait du commentaire de l'œuvre fait par le juge. Mais, il n'en demeure pas moins que cette méthode est approuvée par la Cour EDH⁸⁰⁰. L'interprétation d'une situation relève de l'office du juge. Pourquoi le juge pourrait-il interpréter une expression humoristique et non une création ? Dans les deux cas, la distance fictionnelle n'interdit pas toute recherche sur la création. L'analyse de la création permet en outre de prendre en compte la faculté pour l'auteur de créer des personnages odieux.

372. En somme, la confrontation de la nature fictionnelle d'un récit et de la liberté de création dans le cadre du test de proportionnalité demeure délicate. Deux enseignements doivent être retirés de cette étude. Tout d'abord, la fiction est appelée à produire des effets lorsque les limites à la liberté de création sanctionnent la réalisation d'un *fait réel*. Dans ce cas, la fiction représente un fait justificatif de l'élément matériel de la faute. Par opposition, la fiction ne produit pas d'effet en matière de liberté d'opinion, sauf lorsque l'opinion résulte exclusivement du discours intradiégétique. Ensuite, l'étude de la fiction a permis de démontrer que l'élément moral de la création, s'il semblait *a priori* constituer le terrain d'élection de la fiction, est en réalité difficilement appréciable. La difficulté principale de

⁷⁹⁷ E. DREYER, « La Cour de cassation et le désarroi des croyants », *D.* 2007, p. 2072.

⁷⁹⁸ Cass. crim. 14 février 2006, « *Sainte capote* », *Bull.* n° 42, *Dr. pénal* 2006. comm. 67, note M. VERON, *Légipresse* 2006, n° 232, III, p. 117, note A. TRICOIRE, *D.* 2006, IR p. 886, *RSC* 2006, p. 625, note J. FRANCILLON.

⁷⁹⁹ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *op. cit.*

⁸⁰⁰ Cour EDH, Gr. ch., *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, *op. cit.*, § 50.

l'analyse réside dans l'absence de prise en compte par le droit des mobiles, c'est-à-dire de la dimension psychologique, de la création. En conséquence, la seule marge de manœuvre du juge réside dans l'appréciation de l'élément matériel de la création. En définitive, face aux difficultés pratiques de mettre en œuvre la fiction, ne faut-il pas considérer que le *doute* doit bénéficier au créateur ? Ainsi, par exemple, le droit allemand prévoit un principe constitutionnel de faveur envers les expressions artistiques. L'exigence d'« interprétation étroite »⁸⁰¹ des limites à la liberté d'expression plaide d'ailleurs en ce sens.

Section 3 – Le débat d'intérêt général

373. *La fonction sociale de la liberté de création.* La « contribution à un débat d'intérêt général »⁸⁰² est un critère du test de proportionnalité de la liberté d'expression. Il signifie que la liberté d'expression est mieux protégée lorsqu'elle sert à débattre, à informer, à discuter et à confronter des opinions. Ce critère découle naturellement de sa fonction sociale, qui est de constituer, selon la formule bien connue de la Cour EDH, « *l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* ». La liberté d'expression est à la fois garante et garantie par l'Etat de droit et la démocratie⁸⁰³. La liberté de création étant une branche de la liberté d'expression, faut-il lui appliquer ce critère ? La réponse à cette question permet de trancher un enjeu important. Car au-delà de la mise en œuvre du test de proportionnalité, c'est la *nature* de la liberté de création qui est en jeu. Sa fonction sociale est-elle, à l'instar de la liberté d'expression, de favoriser le débat d'intérêt général ? On perçoit alors que le critère du débat d'intérêt général conduit à identifier les fonctions sociales de la liberté de création. Leur étude montre que l'application de ce critère est contestable au regard de la fonction essentielle de la liberté de création (§2). Le droit positif applique pourtant ce critère de façon générale à l'ensemble des branches de la liberté d'expression (§1).

§ 1 – Une application généralisée

374. *L'intérêt général et le test de proportionnalité.* Le droit positif considère le critère de l'intérêt général comme un critère général du test de proportionnalité de la liberté

⁸⁰¹ Cour EDH, *Observer et Guardian c. R.-U. op. cit.*, § 59, Cass. crim., 2 mai 2007, *Bull.* n° 115, Cass. crim, 12 novembre 2008, *Bull.*, n° 229.

⁸⁰² L'expression est empruntée à L. MARINO, *in D.* 2007, pan. 2776.

⁸⁰³ L. JOSANDE, *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, préf. W. MASTOR, Bruylant, 2010, p. 213 et s.

d'expression (I). Par effet de « contamination » de la liberté d'expression, la poursuite d'un débat d'intérêt général est également recherchée en matière de liberté de création (II).

I – Le critère du débat d'intérêt général

375. Le domaine d'application du critère du débat d'intérêt général est vaste. Il est en effet utilisé dans la plupart des hypothèses de conflits de droits mettant en cause la liberté d'expression (A). Malgré l'usage intensif de ce critère de proportionnalité, celui-ci n'est pas toujours nettement défini (B).

A – Un large domaine d'application

376. *La Cour EDH.* La recherche du débat d'intérêt général par la Cour EDH, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, est un critère appliqué de façon générale au droit de la liberté d'expression⁸⁰⁴. C'est le cas en particulier au sujet des limites pénales de la liberté d'expression. S'agissant de l'infraction d'injure publique, la Cour EDH estime que, « *lorsque des mesures prises par les autorités nationales sont de nature à dissuader la presse de diffuser des informations sur les questions présentant un intérêt public légitime* », elle « *doit se livrer à un examen attentif de leur proportionnalité* »⁸⁰⁵ (nous soulignons). Dans le même sens, la Cour EDH examine l'infraction de diffamation à l'aune du critère de « *l'extrême importance du débat d'intérêt général dans lequel les propos litigieux s'inscrivaient* »⁸⁰⁶. C'est le cas également lorsque sont en cause des limites civiles à la liberté d'expression. Ainsi, dans l'affaire *Von Hannover*, la Cour EDH tranche le conflit entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la vie privée d'une princesse à la lumière de ce critère. Elle considère en effet que « *l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général* » (nous soulignons). En l'espèce, la Cour EDH constate que la contribution au débat d'intérêt général fait défaut car la princesse ne remplit pas de fonctions officielles et les photos et articles litigieux ne concernent que des détails de sa vie privée⁸⁰⁷. Le but d'intérêt général d'une expression est également recherché afin de trancher le conflit entre la liberté d'expression et la liberté de

⁸⁰⁴ B. BEIGNIER et alii., *Traité du droit de la presse*, op. cit., n° 226, P. ROLLAND, « Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? Sur une jurisprudence décente de la Cour EDH », *RFDA* 2004, p. 1001.

⁸⁰⁵ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, op. cit., § 35.

⁸⁰⁶ Cour EDH, *Mamère c. France*, op. cit., § 30.

⁸⁰⁷ Cour EDH, *Von Hannover c. Allemagne*, op. cit., § 76, Voy. également Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, op. cit., § 42, Cour EDH, 4 juin 2009, *Standard Verlags GmbH c. Autriche*, Req. n° 21277/05, § 52.

croissance et de religion. Pour retenir la violation de l'article 10 de la Convention EDH, la Cour estime que l'expression « *participait à la réflexion sur les diverses causes possibles de l'extermination des juifs en Europe, question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique* »⁸⁰⁸. Plus généralement encore, la recherche de l'importance d'une expression pour l'intérêt général se manifeste lors de l'examen des limites de la protection du secret des sources des journalistes⁸⁰⁹. L'article 2 de la loi du 27 juillet 1881, modifié par la loi du 4 janvier 2010, prévoit ainsi qu'« *il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi* » (nous soulignons). Le raisonnement du législateur, très certainement inspiré par celui de la Cour EDH, est clair : les limitations au secret des sources sont soumises à un test de proportionnalité dont la finalité est la poursuite d'un intérêt public.

377. *La jurisprudence française.* La Cour de cassation procède également à une recherche de la finalité du débat lors de l'examen des restrictions de la liberté d'expression⁸¹⁰. La Chambre criminelle estime en matière de diffamation que « *l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'Etat français, et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* » (nous soulignons)⁸¹¹. De même, le critère de la contribution au débat d'intérêt général permet au juge de mesurer les atteintes portées au droit à la vie privée⁸¹². La première chambre civile de la Cour de cassation considère, au visa de l'article 9 du C. civ. et de l'article 10 de la Convention EDH, que « *la révélation litigieuse, qui s'inscrivait dans le contexte d'une actualité judiciaire, était justifiée par l'information du public sur un débat*

⁸⁰⁸ Cour EDH, 31 janvier 2006, *Giniewski c. France*, Req. n° 64016/00, § 51, Voy. également, Cour EDH, *Paturel c. France*, *op. cit.*, § 41.

⁸⁰⁹ Cour EDH, *Goodwin c. R.-U.*, *op. cit.*, § 45. Voy. également : Cour EDH, 18 mai 2004, *Editions Plon*, *op. cit.*, § 53 (secret professionnel), Cour EDH, Gd. ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, Req. n° 29183/95, § 53 (secret fiscal), Cour EDH, 7 juin 2007, *Dupuy et a. c. France*, Req. n° 1914/02, § 42 (secret de l'instruction).

⁸¹⁰ N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *op. cit.*, p. 23.

⁸¹¹ Cass. crim., 11 mars 2008, *op. cit. Adde.* Cass. crim., 27 avril 2011, n° 10-83.771.

⁸¹² N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom* n° 43, 2009/2, p. 23, B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, De Boeck, préf. Y. POULLET, 2008, n° 295, B. BEIGNIER et alii, *Traité du droit de la presse*, *op. cit.*, p. 1111.

d'intérêt général »⁸¹³. Dans le même sens, la recherche de la proportionnalité des expressions humoristiques est souvent indexée sur leur insertion dans le débat d'intérêt général. Dans l'affaire des caricatures Mahomet, la Cour d'appel de Paris a recherché si la publication litigieuse contribuait à un débat d'intérêt général⁸¹⁴.

378. *Le « droit du public à l'information ».* En cas de conflit avec les droits de propriété intellectuelle, ces derniers cèdent lorsque la liberté d'expression vise à informer le public. Il s'agit de ce que la doctrine nomme le « droit du public à l'information »⁸¹⁵. La Cour de cassation considère, par exemple, que l'usage d'une marque « *dans un but d'intérêt général et de santé publique par des moyens proportionnés à cette fin* » est autorisé⁸¹⁶. L'équilibre entre le droit de propriété et la liberté d'expression est également recherché par le législateur. C'est le cas en matière d'exception au droit d'auteur : l'article L.122-5-9 du CPI prévoit une exception de représentation intégrale ou partielle d'œuvre « *dans un but exclusif d'information* ». L'application de cette exception doit d'ailleurs être réalisée sous l'égide du test de proportionnalité. Le texte précise que « *les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés* » (nous soulignons). Ces exemples montrent que le droit de propriété intellectuelle cède face à la liberté d'expression lorsqu'elle vise un but d'intérêt général.

379. La recherche du caractère contributif à l'intérêt général occupe une place importante dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Sous l'influence de la Cour EDH, des pans entiers de notre droit sont soumis au « test du débat d'intérêt général ». Il faut à présent déterminer ce que recouvre exactement la notion de « débat d'intérêt général ».

⁸¹³ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2006, *Bull.* n° 437, *RLDC* 2009, n° 33, p. 18, note C. KLEITZ, *GP* 2007, n° 278, p. 51, note P. GUERDER, *Légipresse* 2007, III, n° 241, p. 89, note A. LEPAGE, *D.* 2007, somm. p. 2776, obs. L. MARINO.

⁸¹⁴ CA Paris, 11^o ch. A, 12 mars 2008, *Légipresse* 2008, III, p. 107, note H. LECLERC.

⁸¹⁵ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, coll. « IRPI », préf. M. VIVANT, 2004, n° 98 au sujet de l'analyse du droit du public à l'information en tant que liberté fondamentale.

⁸¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, « *Greenpeace* », *op. cit.* Voy. sur ce sujet : J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, Litec, coll. Irpi, 2007, p. 401.

B – Une définition ambiguë

380. *La chose publique ou l'intérêt du public ?* De nombreuses formules sont utilisées par le législateur et la jurisprudence pour désigner le « débat d'intérêt général ». Parmi celles-ci, on peut citer la « préoccupation légitime du public »⁸¹⁷, le « problème d'intérêt général »⁸¹⁸ et le « débat général de société »⁸¹⁹. Que signifie alors ce « concept juridique indéterminé »⁸²⁰ ? Ces formules font-elles référence à des sujets portant sur la *chose publique* (au sens de l'organisation du pouvoir politique) ou, plus largement, à l'ensemble des sujets suscitant un *intérêt* du public ?

381. Le sujet d'intérêt général peut tout d'abord être entendu, de façon restrictive, comme un sujet portant sur *l'organisation politique d'une société*. Selon cette approche, la liberté d'expression tendrait à garantir le fonctionnement des instances démocratiques. Cette conception du débat d'intérêt général est particulièrement forte dans la jurisprudence de la CJUE⁸²¹. Sa conception de la fonction sociale de la liberté d'expression est en effet réduite à la discussion de sujets « purement » politiques. La Cour EDH considère également que la « chose publique » est un sujet d'intérêt général. Elle qualifie ainsi les sujets portant sur les représentants des citoyens⁸²², les hommes et femmes politiques en cette qualité⁸²³ ou le fonctionnement des instances démocratiques⁸²⁴. Mais, comme nous allons le voir, la définition du sujet d'intérêt général est plus large. Le sujet d'intérêt général est en effet le plus souvent considéré comme celui qui suscite « l'intérêt du public »⁸²⁵. Relèvent de l'intérêt général le débat historique relatif à l'usage de la torture pendant la guerre⁸²⁶, les questions de

⁸¹⁷ Cour EDH, 25 juin 2002, *Colombani c. France*, Req. n° 51279/99, § 65.

⁸¹⁸ Cour EDH, 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, Req. n° 13778/88, § 64.

⁸¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 4 novembre 2004, *JCP* 2004, II, 10186, *D.* 2004, J., p. 696.

⁸²⁰ J. LAPOUSTERLE, « Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général », *D.* 2008, p. 2256.

⁸²¹ CJUE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, § 85, au sujet de l'utilisation de fonds publics. Voy. aussi pour une solution inverse : CJUE, 2 avril 2009, *Damgaard*, C-421/07, § 27 (discours commerciaux).

⁸²² Cour EDH, 13 novembre 2003, *Schorsch et News Verlagsgesellschaft c. Autriche*, Req. n° 39394/98, (appartenance au parti nazi), Cour EDH, 28 octobre 2003, *Steuer c. Pays-Bas*, Req. n° 39657/9, (propos tenus dans un tribunal).

⁸²³ Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, Req. n° 9815/82, §42, Cour EDH, 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*, Req. n° 141/1996/760/961, § 42.

⁸²⁴ Cour EDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, Req. n° 58148/00, §43, Cour EDH, 8 octobre 2009, *Brunet, Lecomte et Tanant c. France*, Req. n° 12662/06, § 64.

⁸²⁵ G. COHEN-JONATHAN, « Article 10 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (Dir.), *La Convention EDH, Commentaire article par article*, Economica/PUAM, 1989, p. 365.

⁸²⁶ Cour EDH, 15 janvier 2009, *Orban c. France*, Req. n° 20985/05, § 45.

santé publique⁸²⁷, de financement de lieu de culte⁸²⁸, de protection des animaux⁸²⁹, de protection de l'environnement⁸³⁰ et le récit d'un cambriolage spectaculaire⁸³¹. La Cour EDH considère ainsi que rien ne permet de distinguer « *entre le débat politique et la discussion d'autres problèmes d'intérêt général* »⁸³². En revanche, les atteintes à la vie privée et les attaques à caractère personnel ne participent pas « *à un quelconque débat d'intérêt général pour la société* »⁸³³. La satisfaction de la curiosité du public et la recherche du sensationnel sont insuffisantes pour justifier la protection de la liberté d'expression⁸³⁴.

382. Les juridictions françaises adoptent également une acception large du débat d'intérêt général. La liste des sujets participant au débat d'intérêt général est importante. La systématisation des sujets d'intérêt général semble d'ailleurs assez difficile. On éte qualifiés de sujet d'intérêt général les discussions portant sur des sujets « politiques » comme l'appartenance à la franc-maçonnerie d'un personnage public⁸³⁵, la question du nucléaire⁸³⁶, le contrôle d'identité⁸³⁷, le salaire d'un salarié du secteur privé publié dans un contexte médiatique et politique⁸³⁸ ou l'opportunité d'accorder des subventions en faveur des viticulteurs⁸³⁹. Certaines questions « de société » ont également été qualifiées de sujet d'intérêt général, telle que la discussion d'une procédure judiciaire d'une affaire ayant eu un retentissement national⁸⁴⁰, les conséquences fiscales d'un rachat d'entreprise⁸⁴¹, la prostitution⁸⁴² ou la photographie d'un accidenté de la route⁸⁴³. *A contrario*, ne représentent pas des sujets du débat d'intérêt général l'annonce de la naissance d'un enfant d'un prince⁸⁴⁴

⁸²⁷ Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, Req. n° 59/1997/843/1049, § 47, Cour EDH, 7 février 2007, *Mamère c. France*, Req. n° 12697/03, § 23.

⁸²⁸ Cour EDH, 18 septembre 2008, *Chalabi c. France*, Req. n° 35916/04, § 41.

⁸²⁹ Cour EDH, 20 mai 1999, *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, Req. n° 21980/93, § 59.

⁸³⁰ Cour EDH, 23 janvier 2007, *Almeida Azevedo c. Portugal*, Req. n° 43924/02, § 28.

⁸³¹ Cour EDH, 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, Req. n° 77551/01, § 54.

⁸³² Cour EDH, 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, Req. n° 13778/88 § 64.

⁸³³ Cour EDH, 17 décembre 2004, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, Req. n° 33348/96 § 55, Cour EDH, 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, Req. n° 31611/96, § 48, Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, Req. n° 59320/00, § 65 : « *la publication des photos et des articles litigieux, ayant eu pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante* ».

⁸³⁴ Cour EDH, 9 novembre 2006, *Leempoel et SA Éditions Ciné Revue c. Belgique*, Req. n° 64772/01, § 73.

⁸³⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 437.

⁸³⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008.

⁸³⁷ Cass. crim., 17 juin 2008, *op. cit.*

⁸³⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, *Bull.*, n° 191 : l'arrêt évoque « *le droit du public à être informé* ».

⁸³⁹ Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2005, *D.* 2005, jur., p. 2916, note. E. AGOSTINI.

⁸⁴⁰ Cass. crim., 12 mai 2009, *Comm. électr.* 2009, comm. 82, note A. LEPAGE.

⁸⁴¹ Cass. crim., 11 mars 2008, *op. cit.*

⁸⁴² TGI Paris, 17^o ch., 19 février 2008, *op. cit.*

⁸⁴³ Cass. 2^{ème} civ., 4 novembre 2004, *Hachette Filipacchi, JCP G* 2004, II, 10186, note D. BAKOUCHE.

⁸⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006, *Bull.*, n° 407, Cass. crim., 27 février 2007, *Bull.*, n° 85.

ni les propos injurieux envers la communauté juive⁸⁴⁵. Comme pour la Cour EDH, la protection de la vie privée et de l'honneur exclue fait justificatif de l'intérêt général.

383. En définitive, l'étude de la jurisprudence relative à la notion de débat d'intérêt général ne permet pas de dresser une définition cohérente du débat d'intérêt général⁸⁴⁶. Contrairement à la conception américaine de la liberté d'expression, il est impossible de distinguer les expressions selon leur degré d'intérêt. Pour la Cour Suprême des Etats-Unis, le « cœur » de la liberté d'expression est constitué par les questions d'intérêt général (*public issues*) et les questions relatives à l'organisation du pouvoir (*public officials*). Les sujets représentant un simple intérêt pour le public (*newsworthiness*) et les divertissements (*entertainment*) occupent une place moins importante. Une telle hiérarchie selon le degré d'intérêt d'un discours suppose une définition stricte de l'intérêt général. Or, la jurisprudence européenne et française ne distingue pas de façon aussi nette les modes d'expression. Il n'en demeure pas moins que le degré de protection varie suivant la force des opinions intéressant le domaine politique ou des questions d'intérêt général⁸⁴⁷. « La liberté d'expression est différemment comprimée selon la valeur attribuée aux intérêts légitimes qu'elle est susceptible de léser » affirme M. Lecuyer⁸⁴⁸. Par conséquent, la liberté de création bénéficie d'une protection forte lorsqu'elle véhicule des idées et des opinions favorisant le débat d'intérêt général. Cette approche de la liberté de création, fondée sur le degré de contribution au débat d'intérêt général, bénéficie des faveurs d'une importante partie de la doctrine⁸⁴⁹. En particulier, la fonction démocratique de la liberté de création est invoquée dans le cadre du débat relatif à l'exception artistique. Deux positions antagonistes s'opposent quant au bien-fondé de l'exception artistique. D'un côté, ses partisans font valoir que les expressions artistiques n'ont pas vocation à être assimilées à des idées et des opinions. De l'autre, ses opposants estiment que les expressions artistiques participent au débat démocratique⁸⁵⁰. L'objectif des opposants à l'exception

⁸⁴⁵ Ass. Plén., 16 février 2007, D. 2007, AJ, p. 665.

⁸⁴⁶ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 453.

⁸⁴⁷ L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit., p. 338.

⁸⁴⁸ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 561.

⁸⁴⁹ R.-J. DUPUY, « La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne », *Rev. dr. h.* 1974, n° VII, p. 41, M. VERDUSSEN, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 1001, L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit., p. 338, G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé* op. cit., n° 341 (l'auteur ne distingue pas véritablement entre intérêt purement culturel et intérêt « politique », considérant que le « droit d'expression culturelle » s'inscrit dans le cadre de « l'intérêt politique supérieur »), M. IACUB, « Les dangers de l'exception artistique », *Art Press*, septembre 2006, p. 59, E. DREYER, « La Cour de cassation et le désarroi des croyants », D. 2007, p. 2072, B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, op. cit., n° 830 et s.

⁸⁵⁰ M. IACUB, « Les dangers de l'exception artistique », op. cit., P. MBONGO, « Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse* 2004, n° 213, p. 85.

artistique est de faire bénéficier à la liberté de création du statut protecteur de la liberté d'information. L'objectif est louable. Cependant, la fin (faire bénéficier à la liberté de création d'un statut protecteur) justifie-t-elle les moyens (assimiler la liberté de création à la fonction démocratique de la liberté d'information) ?

II – L'application à la liberté de création

384. *Les expressions artistiques.* La jurisprudence du Conseil de l'Europe est fortement marquée par le critère du débat d'intérêt général en matière de liberté de création. Elle est mieux protégée lorsqu'elle poursuit un tel but. La Commission EDH estime ainsi dans l'affaire *Müller c. Suisse* que « de par son activité créatrice, l'artiste exprime non seulement sa vision personnelle du monde, mais aussi l'idée qu'il se fait de la société dans laquelle il vit. C'est dans cette mesure que l'expression artistique contribue non seulement à la formation, mais aussi à l'expression de l'opinion publique »⁸⁵¹. La Cour EDH retient une conception équivalente de la liberté de création dans l'arrêt *Müller c. Suisse*. Elle affirme depuis, avec constance, que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique »⁸⁵². Elle indique dans le même sens que l'expression artistique « permet de participer à l'échange public d'informations et idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes »⁸⁵³.

385. *Le droit américain.* Une position identique émane de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Elle protège en effet les expressions artistiques en raison de leur dimension idéologique et politique. Selon Alexandre Meiklejohn, l'un des plus célèbres théoriciens américains de la liberté d'expression, la création artistique participe à l'intérêt général car il s'agit d'une forme d'expression qui permet à l'électeur d'acquérir des connaissances et une sensibilité aux valeurs humaines⁸⁵⁴. Le citoyen-électeur est considéré comme le destinataire privilégié des expressions artistiques. La Cour suprême des Etats-Unis

⁸⁵¹ Rapport de la Commission EDH, 8 octobre 1986, *Müller c. Suisse*, § 70.

⁸⁵² Cour EDH, *Müller c. Suisse*, op. cit. § 33, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, op. cit., § 49, Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, op. cit., § 42, Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, op. cit., § 26, Cour EDH, *Lindon, Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, op. cit., § 47, Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, op. cit., § 25.

⁸⁵³ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, op. cit., § 47.

⁸⁵⁴ A. MEIKLEJOHN, « The first amendment is an absolute », 1961, *Sup. Ct. Rev.* p. 257 : « Literature and the arts must be protected by the First Amendment. They lead the way toward sensitive and informed appreciation and response to the values out of which the riches of the general welfare are created ». Ou encore : « I think, that literature and the arts are protected because they have a "social importance" which I have called a "governing" importance » (p. 262).

envisage ainsi les expressions artistiques comme des moyens d'expressions d'opinion et d'information. Depuis l'arrêt fondateur *Burstyn, Inc. v. Wilson* en 1952, la Cour suprême considère que les modes d'expression artistique constituent à la fois un divertissement et un moyen de transmettre une information⁸⁵⁵. Cette « double fonction » divertissante et informative est reconnue à l'ensemble des modes de communication créatifs : cinéma, musique, danse, etc.⁸⁵⁶. Seule la fonction « informative » vient cependant fonder la protection de la liberté d'expression artistique. Au regard de la conception de la liberté d'expression comme garantie de la liberté du « marché des idées », les expressions artistiques ne sont protégées qu'en vertu de leur fonction informative.

386. *Le droit français.* La Cour de cassation subordonne également la protection de la liberté de création au caractère informatif du discours en cause. La liberté de l'information représente pour les juridictions françaises le « mètre étalon » de la liberté de création. Dans l'arrêt *Chandernagor*, la première chambre civile considère que « *le respect de la vie privée s'impose avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant sa mission d'information* »⁸⁵⁷. Cet arrêt semble opérer un véritable classement hiérarchique des expressions selon leur caractère informatif⁸⁵⁸. Mme Lepage dresse ainsi le constat que « ce qui peut en effet être sacrifié [...] pour les besoins de l'information ne mérite pas de l'être s'il s'agit simplement de distraire les lecteurs (ou les spectateurs) »⁸⁵⁹. En outre, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Chandernagor* distingue entre l'intérêt du public et le droit à l'information et au débat d'idées. Au sujet du film « *L'enfant d'octobre* », le TGI de Paris considère que les atteintes à la vie privée « *ne peuvent, même si les événements vécus suscitent l'intérêt légitime du public, être justifiées par le droit à l'information ou par la contribution à un débat d'idées* »⁸⁶⁰. En conséquence, l'intérêt du public ne signifie pas nécessairement que l'expression contribue à un débat d'idées.

⁸⁵⁵ *Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 209 (1952) : « It cannot be doubted that motion pictures are a significant medium for the communication of ideas. They may affect public attitudes and behavior in a variety of ways, ranging from direct espousal of a political or social doctrine to the subtle shaping of thought which characterizes all artistic expression. The importance of motion pictures as an organ of public opinion is not lessened by the fact that they are designed to entertain as well as to inform ».

⁸⁵⁶ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995), au sujet de la peinture, de la musique et de la poésie, *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989) au sujet de la musique, *Schad v. Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981), au sujet du divertissement (entertainment) et plus particulièrement du cinéma, des programmes de télévision et de radio, des comédies musicales et des œuvres dramatiques.

⁸⁵⁷ Cass. 1^{re} civ. 9 juillet 2003, « *Chandernagor* », *op. cit.*

⁸⁵⁸ A. LUCAS-SCHLOETTER, « Propriété littéraire et artistique », *J-Cl Civil Annexes*, fasc. 1118, n° 36.

⁸⁵⁹ A. LEPAGE, « Personnalité (droits de) », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2010, n° 308.

⁸⁶⁰ TGI Paris, 17^o ch., 17 septembre 2007, *op. cit.*

§ 2 – La fonction sociale de la liberté de création

387. *Les fonctions divertissantes et cognitives.* Le critère du débat d'intérêt général est intimement lié à la fonction sociale de la liberté d'expression. L'assimilation de la liberté de création à la liberté d'expression conduit alors naturellement à rechercher ce but en matière d'expression créative. L'étude des fonctions sociales de la liberté de création laisse toutefois douter de la pertinence de cette assimilation. Les caractéristiques de la liberté de création (la réalisation d'une chose, le mobile créatif, le caractère fictionnel) conduisent en effet à envisager d'autres fonctions sociales, comme la fonction de divertissement (I) et la fonction cognitive (II).

I – Une fonction divertissante

388. *Les expressions artistiques.* Les expressions créatives, particulièrement les expressions artistiques, ne poursuivent pas nécessairement une fonction d'information⁸⁶¹. L'opinion du juge De Meyer sous l'arrêt *Müller c. Suisse* va en ce sens : « *l'art, ou ce qui prétend l'être, relève certainement du domaine de la liberté d'expression. Point n'est besoin de tenter d'y voir une forme de communication d'informations ou d'idées : il peut l'être, mais on peut douter qu'il le soit nécessairement. Si le droit à la liberté d'expression "comprend" ou "implique" la liberté de "chercher" ou "rechercher", de "recevoir" et de "communiquer" ou "répandre" des "informations" et des "idées", il peut aussi comprendre et impliquer autre chose. L'extériorisation de la personnalité humaine peut prendre des formes très diverses, qui ne sont pas toutes réductibles à celles-là* »⁸⁶². L'idée est parfaitement résumée : les expressions artistiques poursuivent d'autres buts que l'information et le débat d'idées.

389. *Le droit allemand : les dimensions sociales et créatives.* Le droit allemand propose en ce sens une conception de la liberté d'expression artistique distincte de la liberté d'information. Sous l'influence de l'interprétation de la Cour constitutionnelle, la liberté de création est protégée dans sa dimension sociale (*Wirkbereich*) ainsi que dans sa dimension

⁸⁶¹ M. HAMILTON, « Art speech », 49 *Vand. L. Rev.* 73 (1996), p. 74, spéc. p. 102, E. EBERLE, « Art as speech », *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper*, n° 50, 2007 (disponible sur <http://www.ssrn.com>), J. DE WERRA, « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Medialex* 3/01, p. 143 : « La protection de la liberté de l'art offerte par le moyen de la liberté d'expression a été jugée insuffisante dans la mesure où cette dernière liberté protège essentiellement la communication d'un discours rationnel et possède avant tout une fonction politique. Aussi a-t-on pu constater que la protection offerte par la liberté d'expression n'appréhende pas suffisamment la nature essentiellement émotionnelle et irrationnelle de la création artistique ».

⁸⁶² Cour EDH, *Müller c. Suisse*, *op. cit.*, opinion séparée, en partie concordante et en partie dissidente, de M. le juge De Meyer.

créative (*Werkbereich*)⁸⁶³. La dimension créative signifie notamment que les expressions artistiques comportent une dimension « individuelle » que ne connaissent pas les expressions politiques (qualifiées d'expressions collectives). La distinction entre ces deux types d'expressions ne réside pas dans le simple fait de communiquer ou non l'expression au public. Elle signifie bien plutôt que la création traduit une dimension intime de la personne, qui n'est pas nécessairement destinée à être entendue par le public. Inversement, les expressions collectives, par exemple les expressions politiques, ont pour objet de transmettre une information intelligible au public. Cette interprétation résulte de la décision *Mephisto* de 1971, arrêt fondateur de la jurisprudence constitutionnelle allemande relative à la liberté de création. La Cour constitutionnelle considère que « *les expressions créatives n'ont pas pour objectif d'informer* », mais ont pour objet « *l'expression de la personnalité de l'artiste* »⁸⁶⁴. L'implication de la liberté de création doit donc prendre en considération les éléments spécifiquement artistiques qui n'ont pas d'effet dans la vie sociale. Dans un autre ordre d'idées, les juges estiment que les expressions artistiques constituent une « poétisation » de la réalité. La distinction entre les expressions informationnelles et les expressions créatives a été également soulignée par la Cour constitutionnelle lors de la décision *Esra* de 2007⁸⁶⁵. Selon les juges allemands, les œuvres n'ont pas vocation à retracer les faits de la vie réelle. En outre, le juge constitutionnel allemand précise que les expressions artistiques demeurent avant tout un langage de *formes*. Par langage « formel », il faut comprendre que l'esthétique formelle représente une composante importante de toute création.

390. Nonobstant le caractère non-informatif de la création, il n'en demeure pas moins que la création occupe une fonction sociale notamment mise en avant par certaines philosophes. Foucault considère que le discours de l'auteur (qualifié de « fondateur de discursivité ») réside dans la création d'un « imaginaire social »⁸⁶⁶. Yves Michaud estime dans le même sens que l'art permet la « communication entre des citoyens égaux civilisés par l'expérience de l'art »⁸⁶⁷. La fonction sociale de la création est également perceptible sous la plume des juges de la Cour EDH Spielmann et Jebens dans leur opinion dissidente commune dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler*. Ils considèrent en effet que « *le tableau n'entendait pas refléter la réalité* ». Mais, ils ajoutent qu' « *il est permis de penser qu'il véhiculait un message* ».

⁸⁶³ R. ARNOLD, « Constitution et liberté d'expression. Allemagne », *AIJC* 2007, p. 101, spéc. p. 120.

⁸⁶⁴ *Mephisto*, 30 BVerfGE 173 (1971). Voy. également la décision *Anachronistischer Zug*, 67 BVerfGE 213 (1984).

⁸⁶⁵ BVerfG, *Esra*, 1 BvR 1783/05 (2007), *AIJC* 2007, p. 607, note O. JOUANJAN.

⁸⁶⁶ FOUCAULT, « Qu'est ce qu'un auteur ? », *Dits et écrits*, Gallimard, 1994.

⁸⁶⁷ Y. MICHAUD, *La crise de l'art contemporain*, PUF, 2005, p. 241.

par le biais de la caricature et de la satire »⁸⁶⁸. Bien que par nature non-informationnelle, la création demeure selon eux un moyen de véhiculer un *message*. Ainsi, la création contribue à alimenter un « mini-marché des idées »⁸⁶⁹.

391. *Le divertissement.* La distinction des discours informatifs et divertissants interroge depuis longtemps la doctrine. Pinto pointe la difficulté de déterminer le « rôle social » de la presse et, en particulier, de distinguer l'information et le divertissement⁸⁷⁰. La notion de divertissement est une notion peu employée par le droit français. Elle est considérée comme une catégorie large et mal définie⁸⁷¹. Pourtant, il est envisageable de souligner une certaine consistance de la notion de divertissement. La recherche des caractéristiques du divertissement est rendue possible par l'opposition à des notions voisines. Il s'agit d'une définition « en creux » : le divertissement est parfois opposé aux programmes « commerciaux », c'est-à-dire aux expressions publicitaires⁸⁷². Le discours publicitaire ne vise pas à divertir car l'objectif est d'entraîner une impulsion d'achat ou de présenter sous un jour favorable des produits ou services. Néanmoins, les deux notions sont perméables car, bien souvent, l'objectif de divertissement s'accompagne d'un objectif commercial. Il n'en demeure pas moins que le divertissement n'est pas à proprement parler « publicitaire ». Le divertissement est également opposé à l'information et à l'éducation. Cette dimension est particulièrement perceptible dans le droit de l'UE. La Directive 2007/65/CE, dite « Service de Médias Audiovisuels sans frontière » (ou SMA), du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE, dite « Télévision sans frontière » adopte une telle distinction. Au sens du droit de l'UE, les médias de masse assurent à la fois une fonction d'information, de divertissement et d'éducation du grand public⁸⁷³. La directive invite pourtant les Etats à traiter distinctement les divertissements. En effet, la directive autorise le placement de produits pour les expressions divertissantes⁸⁷⁴. En interdisant par

⁸⁶⁸ Opinion dissidente commune des juges SPIELMANN et JEBENS, § 3, dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*.

⁸⁶⁹ E. TRITSMANS, « Warning ! You'll be shocked ! Dealing with offensive art : Erotic art and hate art in transatlantic perspective », in *Art and Law*, die keure, 2008, p. 66, spéc. p. 96.

⁸⁷⁰ R. PINTO, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat-Montchrestien, 1955, p. 32 et s.

⁸⁷¹ S. PESSINA-DASSONVILLE, « La qualité d'artiste de spectacle : une notion dévoyée. Du droit du spectacle artistique au droit du divertissement », *Prop. Intell.* avril 2008, p. 194.

⁸⁷² A. AUCLAIRE, *Par ailleurs le cinéma est un divertissement*, Rapport au Ministre de la culture, novembre 2008.

⁸⁷³ Cf. Directive 2007/65/CE, cons. 18 : « Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir les médias de masse en tant que moyens d'information, de divertissement et d'éducation du grand public ».

⁸⁷⁴ Article 3 octies de la Directive 2007/65/CE : « le placement de produit est admissible [...] dans les œuvres cinématographiques, films et séries réalisés pour des services de médias audiovisuels, ainsi que pour des programmes sportifs et de divertissement ».

contre le placement de produit pour les programmes d'information ou d'éducation, le droit de l'UE considère implicitement que le public ne saurait reconnaître le caractère publicitaire d'une expression lorsqu'elle est présentée dans un contexte d'information. En revanche, dans le cadre d'une expression divertissante, le public a conscience (ou devrait avoir conscience) que les images et les discours représentés sont subjectifs, c'est-à-dire mis en scène.

392. *La pratique de « l'infotainment ».* Une des analyses les plus fécondes de la notion de divertissement réside dans une décision du 15 décembre 1999 de la Cour constitutionnelle allemande. Cette affaire opposait la Princesse Caroline de Monaco, dont des photographies avaient été publiées, et un groupe de presse. Elle consacre à cette occasion un « droit au divertissement » en considérant que « *le fait que la presse est investie d'une fonction de formation de l'opinion n'a pas pour effet d'exclure le divertissement de la garantie fonctionnelle résultant de la Loi fondamentale* ». Elle ajoute que « *la formation de l'opinion et le divertissement ne sont pas antinomiques. Les reportages à visée divertissante jouent eux aussi un rôle dans la formation de l'opinion. Dans certaines circonstances, ils peuvent même stimuler ou influencer la formation de l'opinion plus que ne le feraient des informations purement factuelles* ». Afin de justifier le rattachement du divertissement à la fonction de formation de l'opinion publique, la Cour se fonde sur la tendance des médias à mêler l'information et le divertissement « *tant du point de vue des produits de presse considérés de manière globale que sur le plan des reportages individuels* ». Cette tendance, parfois dénommée « *infotainment* », représente selon la Cour une source importante d'informations du public. À l'instar de l'information *stricto sensu*, le divertissement véhicule aussi des messages⁸⁷⁵. Saisie d'un recours contre cette affaire, la Cour EDH désavoue la Cour constitutionnelle allemande par l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* et estime que le public n'avait pas d'intérêt légitime à recevoir cette information⁸⁷⁶. La Cour relève que l'intérêt du public existe mais qu'il doit s'effacer devant le droit au respect de la vie privée. Implicitement, elle considère de ce fait que les expressions divertissantes sont moins protégées que les expressions à but informatif.

393. La faible effectivité de la notion de divertissement réside notamment dans son caractère imprécis. La frontière entre information et divertissement est mince. Cette difficulté est illustrée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 2006 relatif à la protection du droit

⁸⁷⁵ J.-L. HALPERIN, « Anecdote monégasque ou européanisation de la *privacy* ? », *D.* 2005, p. 340.

⁸⁷⁶ Cour EDH, *Von Hannover c. Allemagne*, Req. n° 53320/00, § 76.

à la vie privée et du droit à l'image⁸⁷⁷. Était reprochée à un organe de presse la publication de photographies de veuves de fonctionnaires de police lors des obsèques de ces derniers. À la suite de l'arrêt *Von Hannover*, la Cour de cassation justifie l'atteinte au droit à la vie privée par le « *droit légitime à l'information d'actualité* ». Elle déclare que les « *deux photographies prises lors de l'enterrement en présence d'autorités officielles illustrent de façon appropriée l'article avec lequel elles sont en lien direct* ». Or, comme le remarque Emmanuel Dreyer, ces images relevaient davantage du divertissement, ou de l'émotion, que de l'information⁸⁷⁸. La difficulté de la distinction entre l'information et le divertissement avait déjà été évoquée par M. Edelman à propos de l'affaire *Charlie Chaplin*⁸⁷⁹. L'affaire concernait la redivulgence d'informations sur la vie privée du cinéaste dans un titre de presse divertissante (*Lui*). La Cour d'appel avait opéré une distinction entre « *les revues consacrées à l'histoire et à la technique du cinéma* » et le fait que la publication incriminée « *n'est pas présentée non plus comme une étude historique et critique, concernant un grand artiste du cinéma* ». M. Edelman démontre toute l'ambiguïté qu'il y a à distinguer entre les différents « lieux de savoirs », c'est-à-dire en l'espèce entre la presse savante et la presse de divertissement.

394. En définitive, la création oscille entre une fonction de divertissement et d'information. À vrai dire, il semble difficile de distinguer totalement ces deux modes d'expression. Cette difficulté est renforcée par la tendance des médias, relevée par la Cour constitutionnelle allemande, à mêler les deux modes d'expression. Une solution consiste peut être, comme le relève M. Dreyer, à admettre que le divertissement est une composante de la liberté de communication⁸⁸⁰. Cette liberté de communication « élargie », qui n'a pas pour seul objectif d'informer, concourt toute entière à la formation d'une « société démocratique ». La liberté de création participe ainsi à la construction d'une « société démocratique », sans nécessairement traiter de sujets d'intérêt général.

395. Enfin, il faut relever certains dangers à subordonner la protection de la création à son degré d'intérêt pour le débat public. Une telle discrimination comporte le risque de refuser la protection aux créations *marginales* qui n'apportent rien au débat démocratique. Or, la garantie d'une société démocratique suppose le respect des expressions marginales. D'autre

⁸⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, *Bull.*, n° 140.

⁸⁷⁸ E. DREYER, « La publication des photographies d'une personne peut être justifiée par le droit des lecteurs à une légitime information d'actualité dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à sa dignité », *JCP G* 2006, II, 10105.

⁸⁷⁹ Cass. 2^{ème} civ., 14 novembre 1975, *D.* 1976, p. 421, note B. EDELMAN.

⁸⁸⁰ E. DREYER, « Le trouble anormal causé par l'image d'une chose », *Comm. com. électr.* 2006, étude 20.

part, le critère de l'intérêt général se heurte à un risque d'insécurité juridique quant à la définition du sujet d'intérêt général. Enfin, admettre la discussion de la liberté de l'art sur le terrain de l'intérêt général ne serait pas nécessairement bénéfique. Le fait de placer les expressions artistiques « hors de toute discussion relative à la nature artistique ou non du film en cause a permis au gouvernement britannique (et à la Cour) de justifier beaucoup plus aisément les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression »⁸⁸¹. En effet, une création peut ne pas être justifiée d'un point de vue « politique », mais porter un intérêt artistique certain.

II – Une fonction cognitive

396. *L'art et la science.* La liberté de la science et la liberté de l'art, composantes de la liberté de création, ont en commun de reposer sur des activités intellectuelles qui constituent, selon l'expression de M. Amselek, un « artisanat cognitif »⁸⁸². La recherche et l'acquisition de connaissances est un des buts de la création. La liberté de création fait ainsi partie d'un « droit à l'activité intellectuelle »⁸⁸³. L'art et la science partagent d'ailleurs une même étymologie grecque, la *technê*, traduit en latin par *ars*, désignant pour les antiques et jusqu'à la Renaissance, à la fois les sciences, les arts et l'artisanat. Dans ce sens, de nombreuses Constitutions proclament conjointement la liberté de l'art et la liberté scientifique⁸⁸⁴. De même, les normes internationales consacrent conjointement la liberté de recherche et la liberté de l'art⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ J.-M. LARRALDE, « La liberté d'expression et le blasphème », *Rev. trim. dr. h.* 1995, n° 32, p. 729.

⁸⁸² P. AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits* 1987, n° 6, p. 132. *Adde.* B. MATHIEU, « La liberté de la recherche, droit fondamental. Variations sur le thème dans le champ de la bioéthique », in M.-A. HERMITTE (Dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Romillat, 2001, p. 57, spéc. p. 60, P. LAMBERT, « Liberté scientifique et droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national. Mélanges offerts à Marcus Silvio Helmons*, Bruylant, 2003, p. 175.

⁸⁸³ B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica/PUAM, 2000, p. 43.

⁸⁸⁴ *Voy.* notamment : l'article 5-3 al. 1 de la Loi fondamentale allemande dispose que « *l'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres* ». De même l'article 33 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 prévoit que « *l'art et la science sont libres et libre est leur enseignement* ». L'article 42 de la Constitution portugaise dispose que la création intellectuelle et scientifique est libre et que cette liberté implique le droit à l'invention, la production et à la diffusion d'œuvres scientifiques. Aux Etats-Unis, la recherche scientifique et les expressions artistiques trouvent leurs sièges dans le premier amendement.

⁸⁸⁵ L'article 27 de la DUDH dispose que « *toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent* », L'article 15. 1. b du Pacte international de 1966 énonce que chacun a droit « *a) de participer à la vie culturelle, b) de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications, c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* », L'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de 2000 prévoit que « *les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée* ».

397. L'arrêt « *Germania 3* ». La fonction cognitive de la liberté de recherche scientifique paraît assez évidente⁸⁸⁶. Le but de la recherche n'est autre que l'acquisition de connaissances à l'aide d'une méthode scientifique rigoureuse. C'est le cas également de la liberté artistique. Un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande permet d'illustrer cette fonction de la liberté de l'art. Il s'agit de l'arrêt *Germania 3* du 29 juin 2000. Cette affaire opposait Heiner Müller, auteur de pièces de théâtre, et les héritiers de Bertolt Brecht. Ces derniers reprochaient à Müller de reprendre sans autorisation certains passages des œuvres de Brecht. Saisie de la question de la détermination de l'ampleur admissible de courtes citations, la Cour constitutionnelle a livré une interprétation novatrice de la liberté de l'art. En effet, elle considère qu'une fois publiée, une création artistique doit participer au « *dialogue entre les œuvres* ». La liberté de création autorise alors la reprise de passages d'œuvres dans ce but de « communication entre les œuvres d'art », indépendamment de la question controversée de l'ampleur des courtes citations⁸⁸⁷. La reprise des passages de l'œuvre Brecht est envisagée comme un moyen de connaître et de discuter les créations artistiques.

398. La fonction cognitive de la liberté de création pourrait ainsi constituer un critère de test de proportionnalité. Il s'agit en effet d'une « finalité » distincte de la recherche de la contribution au débat d'intérêt général. Elle a donc vocation à entrer dans le test de proportionnalité.

Conclusion du Titre 2

399. Une « théorie générale » de l'acte de création : seconde étape. L'analyse des limites de la liberté de création permet de poursuivre l'esquisse d'une théorie générale de l'acte créatif. La méthode proposée par les droits fondamentaux, consistant à examiner la légitimité des limites, puis à en mesurer la proportionnalité, constitue à un outil efficace. Elle offre une agréable souplesse, notamment à travers les lois du genre créatif, au législateur et au juge. L'approche proposée par les droits fondamentaux tranche notamment avec les raisonnements lapidaires tenus par les juges français. Le style de rédaction des arrêts de la Cour EDH et de la CJUE permet au contraire une véritable réflexion sur la nature de l'acte créatif. Il arrive

⁸⁸⁶ C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, op. cit., p. 15 et s.

⁸⁸⁷ La controverse traditionnelle porte sur la possibilité de reproduction intégrale des œuvres d'art graphique par le biais de la citation. Comme le relèvent MM. VIVANT et BRUGUIERE (*Droit d'auteur*, op. cit, n° 604), l'appréciation de la courte citation peut utilement être réalisée à l'aide du principe de proportionnalité. Cette méthode évoque évidemment le *fair use* anglo-saxon (M. SENFTLEBEN, « L'application du triple test : vers un système de *fair use* européen ? », *Prop. Intell.* 2007, n° 25, p. 453).

néanmoins que les juges des droits fondamentaux emploient le test de proportionnalité de façon contestable. En particulier, les caractéristiques de l'acte créatif sont souvent négligées.

Conclusion de la Partie I

400. *Une proposition de « théorie générale » de l'acte créatif.* La principale difficulté de l'étude de l'acte créatif réside dans l'absence de catégorie juridique déterminée. Les droits fondamentaux ont cependant offert une méthode permettant d'en tracer les contours. Activité intellectuelle donnant naissance à une « chose intellectuelle », la création est envisagée par le droit positif comme une branche de la liberté d'expression. Cette qualification se révèle pourtant trop étroite. La liberté du commerce et de l'industrie apparaît comme une catégorie plus pertinente. La méthodologie offerte par les droits fondamentaux permet ensuite de dégager les deux principes-clés du régime de l'acte de création. Le premier consiste en la classification des limites selon les matériaux de la création. Cette approche offre ainsi une véritable cohérence au traitement juridique de l'acte créatif. Le second traduit l'intégration des lois du genre créatif à travers le test de proportionnalité.

401. *Les lacunes des droits fondamentaux.* Au-delà de ces conclusions encourageantes, les droits fondamentaux présentent certaines lacunes sur le terrain axiologique. En particulier, le poids écrasant de la liberté d'expression, conçue comme le « *chien de garde de la démocratie* », étouffe les spécificités de l'acte créatif. De même, la philosophie individualiste inhérente aux droits fondamentaux conduit à négliger la dimension collective de l'acte créatif. Son étude révèle « en creux » certaines faiblesses des droits fondamentaux : sous une apparence de flexibilité, ils sont en réalité arc-boutés sur conception idéologique des droits et libertés. Ces résistances sont peut être une manifestation de la « mue » inachevée des droits de l'homme vers les droits fondamentaux...

402. *L'acte et le résultat de la création.* Malgré ces tâtonnements, les droits fondamentaux permettent de bâtir une esquisse de « théorie générale » de la liberté de création fondée sur la promotion de la créativité. D'autres facettes de la création demeurent à explorer. L'acte créatif conduit logiquement à la réalisation d'une « chose ». Cette « chose créée » est le *résultat de l'acte de création*. Comment ce résultat est-il envisagé par les droits fondamentaux ? Et quels sont les différences et les points communs entre l'acte créatif et la chose créative ?

PARTIE II – LE BIEN CRÉATIF

403. *L'appropriation des biens créatifs.* La créativité des hommes est productrice de richesses. L'économie contemporaine se nourrit tout particulièrement de cette créativité : les industries du luxe et du divertissement, les médias, les biotechnologies, l'informatique ou encore les énergies renouvelables dépendent étroitement de la créativité des hommes et des femmes. Les richesses issues du processus de création, c'est-à-dire les biens « créatifs », ont vocation à être appropriés⁸⁸⁸. Les biens créatifs découlent des actes créatifs. Ces derniers sont la source de la propriété des biens créatifs. Mais, du point de vue des droits fondamentaux, ces deux facettes de la création doivent pourtant être nettement distinguées quant à leur *objet* et leur *régime juridique*.

404. *Le droit de propriété sur le bien créatif.* Le droit fondamental de propriété est le réceptacle naturel de la création. Mais quelle est l'origine du droit de propriété ? Quel est son objet ? Afin de répondre à ces questions, il faut revenir un instant sur la notion de création. Le verbe « créer » signifie « donner existence à »⁸⁸⁹. « Donner existence » suppose un acte (l'action de donner), qui consiste à faire « exister » une chose nouvelle. Comme nous l'avons déjà étudié, la création est donc à la fois une activité et une chose. Cette ambivalence est au cœur de la création. Dès lors, la détermination du fondement de la propriété suppose de résoudre le conflit suivant : l'objet de la propriété est-il constitué par l'action de créer ou par la chose créative ? Cette opposition évoque celle, bien plus célèbre encore, entre le travail et le capital. Autrement dit, le bien créatif est-il avant tout un *investissement* ou une *chose intellectuelle nouvelle* ?

405. *Les Sabinien et les Proculien.* Cette question rappelle la célèbre querelle des Sabinien et des Proculien⁸⁹⁰. Selon les premiers, la valeur des choses réside dans la *matière*. Par conséquent, la transformation de la matière, c'est-à-dire *l'action*, n'emporte aucun transfert de propriété (*sine materia nulla species effici possit*). Au contraire, pour les Proculien, le siège de la valeur d'une chose réside dans sa forme (*forma dat esse rei*). La

⁸⁸⁸ Th. REVET, « Droit de l'associé en industrie d'obtenir, lors du partage de l'actif social, l'attribution de biens issus de son travail », *RTD Civ.* 2006, p. 589.

⁸⁸⁹ <http://www.crnlt.org>.

⁸⁹⁰ Voy. la thèse de S. BECQUET, *Le bien industriel, op. cit.*, qui prend pour point de départ cette célèbre querelle. Voy. aussi P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculien et des Sabinien », *D.* 1988.chron, p. 152.

propriété de la chose transformée revient alors à celui qui l'a modelée. Les articles 570 et 571 du C. civ. reflètent ces deux approches. Le premier prévoit que la chose transformée appartient au maître de la matière (approche sabinienne). Le second précise que la chose appartient à celui qui l'a transformée lorsque la valeur de l'industrie dépasse celle de la matière (approche proculienne).

406. *Les droits de propriété intellectuelle.* Les biens créatifs sont des choses immatérielles. Les droits de propriété intellectuelle apparaissent comme le domaine naturel des biens créatifs. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs la création comme l'origine des propriétés intellectuelles⁸⁹¹. La notion de « bien créatif » doit toutefois être distinguée de celle voisine de « bien immatériel ». Le bien créatif n'est pas seulement une chose immatérielle appropriable comme un nom de domaine ou un savoir-faire. Il se rapproche davantage de la notion de « bien intellectuel » qui est « une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créative susceptible d'appropriation indépendamment de tout support »⁸⁹². Une question demeure en suspend : les biens créatifs sont-ils tous énumérés dans le CPI ? Faut-il, au contraire, envisager l'existence de biens créatifs hors de la liste des propriétés définie par le législateur ?

407. *Les droits fondamentaux.* La théorie des droits fondamentaux offre, comme nous allons l'observer, des réponses intéressantes à toutes ces questions complexes. Elle permet de trancher le conflit portant sur l'origine de la propriété sur le bien créatif. Elle invite également à dépasser le champ des droits de la propriété intellectuelle⁸⁹³. Il convient donc, dans un premier temps, d'examiner l'affirmation du droit de propriété sur le bien créatif par les droits fondamentaux (**Titre 1**).

⁸⁹¹ Cf. n° 4.

⁸⁹² N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 12. Nous préférons cependant le terme de bien créatif car toute activité intellectuelle ne suppose pas nécessairement la mise en œuvre de facultés créatrices. Par exemple, une base de données est un bien immatériel, fruit d'un travail intellectuel, mais n'a pas nécessairement fait appel à la créativité de son auteur.

⁸⁹³ G. SENA, « La propriété intellectuelle en tant que droit fondamental », in *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe, XI^e Congrès de l'Union des Avocats Européens*, 1997, Bruylant, 1999, p.255 et s., Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150, Th. REVET, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD Civ.* 2006, p. 791, N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, J. LESUEUR, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *Comm. com. élect.* 2007, étude 15, A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, préf. Ph. GAUDRAT, LGDJ, 2008.

408. *La relativité du droit de propriété.* En pratique, les droits sont toujours confrontés à des droits concurrents⁸⁹⁴. Le rapport de concurrence est au cœur des travaux du législateur et du juge. Le droit de propriété sur le bien créatif s'inscrit ainsi dans un enchevêtrement plus ou moins cohérent de droits et intérêts contradictoires. Le développement de la culture de la gratuité dans la presse ou sur Internet, la revendication d'un libre accès aux œuvres⁸⁹⁵, notamment à travers les *creative commons* et les wikis, les prétentions des entreprises concurrentes⁸⁹⁶, la contestation des brevets de médicaments, etc. représentent autant de conflits avec le droit de propriété sur les biens créatifs. Il doit donc être concilié avec ces droits et intérêts. Mais comment réaliser cette conciliation ? La détermination d'une méthode cohérente de conciliation est un enjeu important car elle détermine la « légitimité » du droit de propriété. En effet, un droit de propriété qui s'imposerait à chaque conflit ne serait pas légitime car trop systématique. Inversement, le droit de propriété doit parfois s'imposer face aux droits concurrents car il s'agit d'un moyen de protéger et de stimuler la création. Les droits fondamentaux offrent les moyens de réaliser cet équilibre entre le droit de propriété et les droits concurrents. L'arsenal méthodologique mis en œuvre (légitimité des limites et test de proportionnalité) conduit à élaborer des éléments de solution. La méthode offerte par les droits fondamentaux se révèle alors, par un effet de miroir, riche en enseignements quant à la définition même de bien créatif. Il convient donc, dans un second temps, d'examiner les restrictions au droit de propriété sur le bien créatif (**Titre 2**).

Titre 1 – L'affirmation de la propriété du bien créatif

Titre 2 – La limitation de la propriété du bien créatif

⁸⁹⁴ J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustration dans le champ des propriétés incorporelles*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2009, *passim*, DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD Civ.* 1906, p. 119.

⁸⁹⁵ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, coll. IRPI, préf. M. VIVANT, 2004, S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse, Montpellier, 2004.

⁸⁹⁶ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. BONET, Litec, 2009.

Titre 1 – L’AFFIRMATION DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN

CRÉATIF

409. *L’existence du droit de propriété sur le bien créatif.* La mise en œuvre des facultés créatrices d’un individu aboutit, au terme du processus créatif, à la naissance d’une chose immatérielle. L’appropriation des biens issus d’un travail intellectuel est classiquement traitée sous l’angle de la propriété intellectuelle⁸⁹⁷. Il est aujourd’hui admis, sans difficulté, que les droits de propriété intellectuelle sont de véritables propriétés. En particulier, les objections relatives à leur caractère immatériel et à leur durée restreinte ont fait long feu. L’objet de notre propos ne sera donc pas de démontrer que les droits de propriété intellectuelle sont des droits fondamentaux par l’entremise du droit de propriété. Notre étude portera en revanche sur le rôle du caractère « créatif » dans le droit de propriété. Les droits fondamentaux offrent à l’appui de cette étude une perspective saisissante : la richesse théorique des droits fondamentaux, conjuguée à leur malléabilité, permet en effet d’entrevoir une épaisseur nouvelle de la notion de bien créatif. En quoi le bien créatif est-il un objet de propriété singulier ? Dans quelles mesures la *créativité* imprègne-t-elle l’essence du bien créatif ? En somme, quelles sont les différences entre les biens créatifs et les autres biens ? Pour répondre à ces questions, il est nécessaire, dans un premier temps, de déterminer l’existence du droit de propriété du bien créatif (**Chapitre 1**).

410. *L’effectivité du droit de propriété sur le bien créatif.* La reconnaissance formelle de l’existence du droit de propriété n’est pas suffisante à établir le droit fondamental de propriété. À l’instar du raisonnement mené en faveur de la liberté de création⁸⁹⁸, l’affirmation du droit de propriété sur le bien créatif par les droits fondamentaux suppose ensuite d’apporter la preuve de son *effectivité*. En quoi l’effectivité du droit du créateur sur le bien créatif est-elle distincte de celle de l’acte créatif ? Dans quelles mesures la garantie de l’effectivité du droit sur le bien créatif se distingue-t-elle de celle des autres biens ? Comme nous allons le voir, la problématique de l’effectivité du droit de propriété est nettement distincte de celle de la liberté de création. (**Chapitre 2**).

⁸⁹⁷ Voy. sur ce thème : *La création salariée : propriété intellectuelle et droit du travail. Actes du colloque organisé les 5 et 6 mai 1988*, Litec, 1988, O. LALIGANT, *La véritable condition d’application du droit d’auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999, S. PESSINA-DASSONVILLE, *L’artiste-interprète salarié : entre création intellectuelle et protection sociale*, av.-pr. A. SUPIOT, préf., M. VIVANT, PUAM, 2006.

⁸⁹⁸ Voy. *supra* n° 29.

Chapitre 1 – Le droit de propriété du bien créatif

411. *Le droit de propriété est un droit fondamental.* Le droit de propriété est un droit fondamental⁸⁹⁹. Il s'agit d'abord d'un droit constitutionnel⁹⁰⁰. L'article 2 de la DDH place la propriété au centre de la vie sociale en prévoyant que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ». Il ajoute que « *ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». Le Conseil constitutionnel considère depuis la décision du 16 janvier 1982 que « *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle (...) en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété* »⁹⁰¹. De même, le droit de propriété est reconnu par la Convention EDH. L'article 1^{er} du Protocole n°1, entré en vigueur en 1954, prévoit que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* ». Bien que la Convention EDH ne le mentionne pas expressément, la Cour EDH envisage le « droit au respect de ses biens » comme une manifestation du droit de propriété depuis les arrêts *Marckx c. Belgique*⁹⁰² et *Sporrong et Lönnroth c. Suède*⁹⁰³. Enfin, l'article 17 de la Charte des DFUE consacre le droit de propriété au rang des droits fondamentaux.

412. *Les droits de propriété intellectuelle sont des droits fondamentaux.* Les différentes branches des propriétés intellectuelles ont fait l'objet d'une fondamentalisation à travers le droit de propriété. En particulier, l'article 17§2 de la Charte DFUE relatif au droit de propriété prévoit que « *la propriété intellectuelle est protégée* ». Le Conseil constitutionnel admet également que les droits de propriété intellectuelle constituent des « *domaines nouveaux* » du

⁸⁹⁹ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 16^e ed., 2010, p. 689, Ph. REMY, « La propriété privée considérée comme un droit de l'homme », in *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque organisé à Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF, 1993, p. 123, A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001, *passim*.

⁹⁰⁰ P. BRUNET, « Rapport français. Les garanties de la propriété par le juge constitutionnel », in *La propriété, op. cit.*, p. 531, F. LUCHAIRE, « La Constitution et la propriété », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Association française des constitutionnalistes, Rapport français au II^o Congrès Mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Paris – Aix-en-Provence, 31 août-5 septembre 1987, Economica, 1987, p. 139.

⁹⁰¹ Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC. Le Conseil constitutionnel ajoute aujourd'hui que « *le droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité* » (Cons. const., 2010-96 QPC, Cons. const., 4 février 2011, cons. 5, *Adde.* Cons. const., 2010-26 QPC, Cons. const., 2010-43 QPC, Cons. const., 2010-60 QPC, Cons. const., 2010-87 QPC)

⁹⁰² Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Req. n° 6833/74, § 63.

⁹⁰³ Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, Req. 7151/75 et 7152/75, § 73.

droit de propriété⁹⁰⁴. La Cour EDH estime de même que « l'article 1 du Protocole n° 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle »⁹⁰⁵.

413. *Le domaine de la fondamentalisation.* Le domaine de la fondamentalisation de la propriété intellectuelle demeure cependant incertain. Quel est l'objet de la fondamentalisation ? S'agit-il des droits de propriété intellectuelle tels que reconnus par le CPI ? S'agit-il au contraire de l'ensemble des droits de propriété immatérielle au-delà du CPI ? Dans quelles mesures le caractère créatif est-il un facteur de fondamentalité ? Pour répondre à ces questions, il convient donc d'abord de vérifier l'existence du droit fondamental sur le bien créatif (**Section 1**). Il convient ensuite de mesurer la portée de ce droit. La qualification de la création en tant que droit fondamental ne doit pas demeurer théorique. L'effectivité de son exercice est un élément essentiel de la fondamentalité (**Section 2**).

Section 1 – L'existence du droit

414. Les droits fondamentaux ne font aucune référence directe à la *création*, ni en tant que source de la propriété, ni en tant qu'objet. Il faut donc déterminer les modalités de la fondamentalisation du droit sur le bien créatif. En particulier, en quoi l'acte de création constitue-t-elle un moyen d'acquérir une propriété ? Les droits fondamentaux ne répondent pas non plus à cette question. L'acte de création constitue pourtant un mode d'acquisition de la propriété (§1). Ensuite, en quoi le bien créatif est-il l'objet du droit fondamental de propriété ? Bien que la fondamentalisation soit un phénomène imprécis, le bien créatif est pourtant un objet du droit fondamental de propriété (§2).

§ 1 – L'acte créatif : origine de la propriété

415. *Le travail créatif.* L'expression de la créativité constitue un critère commun à certains droits de propriété intellectuelle⁹⁰⁶. En toute hypothèse, chaque création nécessite un

⁹⁰⁴ Cons. const., 10 juin 2009, déc. n° 2009-580 DC, cons. 13.

⁹⁰⁵ Cour EDH, 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, Req. n° 73049/01, § 72.

⁹⁰⁶ GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres*, op. cit., p. 22, AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, Marchal et Billard, 4^e ed., 1873, 1920, par BARTIN, § 577, ou 6^{ème} ed. par BARTIN, 1935, t. II, « Les biens », p. 8, ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. I, 1952, t. II, 1954, p. 15 et s. et p. 421 et s., B. EDELMAN, « Création et banalité », *D.* 1984, chr. p. 73, J. RAYNARD, « Les propriétés intellectuelles, un pluriel bien singulier », in *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p. 527, spéc., p. 538, M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crétation. Information, publicité, mode, photographies documentaire et esthétique industrielle. Droit belge, droit allemand, droit français*, Larcier/Bruylant/FEC, 1993, p. 249 et s., p. 344 et s., p. 777 et s., J. LESUEUR, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », op. cit., passim, A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, thèse, Montpellier, 1997, p. 333 et s., qui propose le critère de « l'activité créatrice »,

travail⁹⁰⁷. L'artiste et l'ingénieur ont en commun de travailler dans la perspective de créer. Ce travail pourra prendre diverses formes selon le domaine concerné : le droit de propriété a vocation à saisir aussi bien les travaux préparatoires (dessins, croquis, esquisses, expérience, prototype, recherche-développement, etc.) que le travail de réalisation (la mise en forme). Le travail créatif représente, comme nous allons l'observer, un mode d'acquisition de la propriété.

416. *Les modes d'acquisition de la propriété.* Cerner les contours de la propriété du bien créatif n'est pas chose aisée. En effet, la création n'est pas « un mode d'acquérir à part entière »⁹⁰⁸. Les droits fondamentaux ne prévoient en particulier aucun mode d'acquisition de la propriété. Ils envisagent la propriété essentiellement comme le siège d'une valeur économique. Les modes d'acquisition sont en réalité prévus par le droit civil. Il est nécessaire de s'y référer afin de déterminer l'origine du droit de propriété (I). Au-delà des mécanismes traditionnels du Code civil, la création peut-elle constituer un mode original d'acquisition de la propriété ? L'origine individualiste des droits de l'homme invite à considérer la création en tant que travail personnel. La création apparaît alors comme un mode original d'acquisition de la propriété (II).

I – Un mode classique d'acquisition de la propriété

417. *Les modes d'acquisition de la propriété prévus par le droit civil.* À travers une construction intellectuelle menée par la doctrine, le travail créatif est analysé comme un mode d'acquisition de la propriété au sens du Code civil. Un obstacle à cette analyse est aujourd'hui levé : il s'agit de savoir si les biens incorporels sont des biens au sens du droit civil. Mais plus personne ne conteste véritablement l'assujettissement des choses incorporelles au droit de propriété⁹⁰⁹. Par conséquent, la recherche de l'origine de la propriété sur les créations dans le droit des biens est dès lors autorisée. Il devient donc concevable de rechercher l'origine de la propriété des créations incorporelles dans les modes d'acquisition de la propriété du droit civil, que sont le transfert, la possession, l'occupation et l'accession.

O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999, *passim*, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 221, E. TREPPOZ, « Quelle protection juridique pour l'art contemporain ? », *RIDA* 2006, n° 209, p. 51.

⁹⁰⁷ F. VALANCOGNE, *L'invention, op. cit.*, p. 7 et s., G. et B. VERALDI, *Psychologie de la création*, Marabout, 1972, p.157.

⁹⁰⁸ Th. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », note sous Cass. crim., 22 septembre 2004, *RTD Civ.* 2005, p. 164.

⁹⁰⁹ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *Libertés et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 689.

418. *L'acquisition par occupation.* En particulier, l'occupation est considérée comme un mode d'acquisition de la propriété des biens créatifs. Il s'agirait en effet d'un « mode originaire d'appropriation par appréhension effective de la chose n'appartenant à personne »⁹¹⁰, cette chose étant une *res nullius* ou une *res delictae*. L'occupation consiste à posséder une chose avec la volonté d'en devenir propriétaire. L'occupation ne se conçoit aujourd'hui que pour les biens meubles, car il n'existe plus d'immeubles sans maître (en raison de la compétence résiduelle de l'Etat). Les créations étant analysées comme des biens meubles incorporels, il est permis d'imaginer que l'occupation en est un mode d'acquisition originaire. Le raisonnement est le suivant : les créations sont des choses sans maître (*res nullius*) que le créateur ne fait que « découvrir ». Dès lors, au moment même de la création, le créateur prend possession de la chose créée avec la volonté d'en devenir le propriétaire. Le créateur en acquiert donc la propriété par occupation. Cette analyse est notamment soutenue par M. Recht qui avance que « le créateur se rend maître de son œuvre par "l'occupation" au sens du droit romain primitif »⁹¹¹. Il ajoute que « si ce mode d'acquisition n'est plus possible aujourd'hui pour les terres, il n'est en pas de même pour les conceptions de l'esprit dont la fécondité est infinie »⁹¹². Il en déduit alors logiquement que le travail créatif n'est pas à l'origine du droit de propriété, puisque le propriétaire ne fait que découvrir la création⁹¹³. MM. Terré et Simler expliquent également la propriété des créations par l'occupation que réalise le créateur. Ils soutiennent que la création est une *res nullius* qui n'a pas eu le temps d'exister en tant que telle car la « coïncidence [entre le moment de la création et la naissance de l'œuvre] évacue le passage par l'état de *res nullius* »⁹¹⁴. Ils en concluent également que les biens immatériels sont avant tout des choses avant d'être le résultat d'une activité intellectuelle. Ces explications ne sont cependant pas convaincantes. En effet, la création n'est pas une chose sans maître qui existerait à l'état de nature. Le créateur ne « découvre » pas une création qui préexisterait, car, par définition celle-ci est nouvelle. La création est le résultat d'un travail, non d'une découverte. La thèse de l'occupation méconnaît donc que la création résulte d'un travail⁹¹⁵.

⁹¹⁰ G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁹¹¹ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 231.

⁹¹² *Ibid.* p. 191.

⁹¹³ *Ibid.* p. 231.

⁹¹⁴ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 8^e ed., 2010, n° 412 et n° 414, *Adde.* A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. « NBT », 2001, n° 430.

⁹¹⁵ Cf. infra n° 421.

419. *L'acquisition par accession.* Un second mode d'acquisition de la propriété, issu du droit des biens, peut expliquer l'acquisition du bien créatif. Il s'agit de l'accession et, plus particulièrement, de la spécification⁹¹⁶. L'article 546 du C. civ. dispose en effet que « *la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement* ». Il s'agit de l'hypothèse où une chose est produite à partir de la chose d'autrui. L'article 570 du C. civ. prévoit que la propriété de la chose produite appartient en principe au propriétaire de la matière. Par exception, l'article 571 du C. civ. précise que la chose produite appartient au spécificateur si sa valeur dépasse de beaucoup la valeur de la matière employée. Cet article ajoute que « *l'industrie est alors réputée la partie principale* ». Dès lors, l'acquisition de la propriété d'une création immatérielle peut s'expliquer par le biais de la spécification : le créateur devient propriétaire de la chose créée par le fruit de son industrie. Le travail créatif est ici considéré comme une « industrie » qui justifie la propriété du bien créatif qui en est issu⁹¹⁷. Si ce raisonnement est en mesure d'emporter la conviction, il faut toutefois s'interroger sur le point de savoir si le travail créatif est *en lui-même* un mode original d'acquisition de la propriété.

II – Un mode original d'acquisition de la propriété

420. *Le droit naturel.* La question de l'appropriabilité des fruits du travail est complexe. De nombreuses justifications ont été avancées. Selon une première approche, l'appropriation du travail créatif résulte d'une exigence *d'équité*. L'appropriation de la création relève du droit naturel et, en ce sens, des droits de l'homme. Cette analyse est soutenue par une partie importante de la doctrine du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle⁹¹⁸. En particulier, Pouillet développe une conception du droit d'auteur influencée par le droit naturel. À l'appui de sa démonstration, il cite une décision selon laquelle « *il a été jugé, en ce sens, que la création d'une œuvre littéraire ou artistique constitue, au profit de son auteur, une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel et des gens, mais dont l'exploitation est*

⁹¹⁶ S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005, préf. Th. REVET, n° 118 et s., n° 136.

⁹¹⁷ Cette analyse permet en outre de concevoir de façon large la personne du spécificateur. Il peut s'agir de celui qui crée directement la chose nouvelle, ou bien de celui qui en donne l'impulsion (l'investisseur). Cette explication suppose toutefois l'existence de meubles préexistants.

⁹¹⁸ R. CASSIN, « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit », in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225. *Adde.* L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^{ème} siècle », *RIDA* 2005, p. 117, M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, p. 61.

réglémentée par le droit civil »⁹¹⁹. De même, Renouard soutient que les droits de l'inventeur représentent « une institution du droit naturel, dérivant de l'essence même de l'homme et des choses »⁹²⁰. Il ajoute que « l'équité naturelle et l'histoire s'accordent à mettre cette proposition hors de contestation »⁹²¹. Pataille penche également en faveur d'une analyse *jus naturaliste* des droits sur la création. Il se demande s'il « n'y a-t-il pas là une appropriation personnelle qui ne nuit à personne, et par conséquent le principe incontestable d'une propriété privée »⁹²². Enfin, la justification par l'argument de l'équité est aussi présente chez Gastambide, qui considère qu'« il est juste aussi que l'écrivain recueille dans tous les cas le fruit de son travail et de sa pensée »⁹²³. L'approche fondée sur le droit naturel témoigne de l'embarras de la doctrine de cette époque à justifier l'acquisition, par l'auteur, des fruits de son travail. Cette difficulté doit être mise en relation avec le débat, plus profond, portant sur la *nature* des droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci étaient alors distingués des biens corporels, considérés comme seuls objets du droit de propriété. Ce débat était parasité par le rattachement du droit de propriété à la catégorie des droits réels. Les biens incorporels n'étant pas considérés comme des choses, on peut comprendre que les difficultés à rattacher les biens créatifs aux modes d'acquisition classique du droit des biens. La thèse *jus naturaliste* permettait ainsi de justifier, par un argument incantatoire, l'appropriation des fruits du travail intellectuel.

421. *Le travail créatif.* L'activité de création, c'est-à-dire le travail créatif, est-elle un mode d'acquisition originale de la propriété ? Avant d'examiner cette hypothèse, il faut remarquer au préalable que l'acte créatif est ici envisagé ici sous un angle différent de celui de la liberté de création. Bien qu'il s'agisse d'une même action, les droits fondamentaux l'envisagent différemment en matière de propriété. Il ne s'agit pas ici de garantir la liberté du travail créatif, mais d'assurer la protection de la chose issue de ce travail.

422. *L'acquisition légale de la propriété.* Afin de déterminer si le travail créatif peut constituer une source d'acquisition de la propriété, il convient d'abord de lever l'obstacle constitué par le principe de l'acquisition légale de la propriété. Ce principe signifie que seule

⁹¹⁹ POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, op. cit., n° 9, p. 22.

⁹²⁰ RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844, p. 24. Voy. aussi, RENOARD, *Traité des droits d'auteur*, op. cit., p. 434. Voy. aussi HUARD, op. cit., n° 203.

⁹²¹ RENOARD, *Traité des droits d'auteur*, op. cit., p. 434.

⁹²² PATAILLE, *De la nature et de la durée des droits des auteurs et des artistes sur leurs œuvres*, Extrait des annales de la propriété industrielle artistique et littéraire, avril 1866, p. 135.

⁹²³ GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres et de la propriété*, op. cit., p. 47.

la loi (ou la jurisprudence) « prend en considération des faits auxquels elle donne un effet acquisitif »⁹²⁴. Il ferait alors obstacle à la constitution d'un droit de propriété sur une chose dès lors qu'elle n'est pas prévue par la loi ou la jurisprudence. Ce qui signifie que les biens incorporels devraient être objet de propriété uniquement par détermination de la loi⁹²⁵. Mais la loi ne consacre nulle part de principe général relatif à l'acquisition de la propriété par la création. Faut-il en conclure qu'il n'existe que des propriétés spéciales sur les biens créatifs ? Il faut relever qu'un certains nombres de textes prévoient l'acquisition de la propriété par le travail créatif. En effet, l'article L.111-1 du CPI dispose, en matière de droit d'auteur, que « *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* » (souligné par nous). Dans le même sens, l'article L.611-16 du CPI relatif aux brevets prévoit que l'invention appartient à l'inventeur et non au premier déposant. Ici aussi le travail créatif justifie l'acquisition originaire de la propriété. Relevons encore, en matière d'obtention végétale, que l'article L.623-1 du CPI dispose qu'« *est appelée "obtention végétale" la variété nouvelle, créée ou découverte* ». Le droit sur l'obtention végétale découle donc d'un travail de création. La doctrine parle d'ailleurs de « création végétale »⁹²⁶. Peut-on dès lors, à partir de ces textes, déduire un principe général d'acquisition de la propriété par le travail créatif ?

423. *Locke*. Une première justification de l'acquisition de la propriété par l'effet du travail repose sur les thèses de Locke. Selon le philosophe anglais, la propriété découle du travail. En tant que fruit du travail, la propriété constitue une forme de prolongation du corps humain⁹²⁷. Plus précisément, il considère que la notion de propriété dérive de celle de « création divine ». L'homme n'est susceptible d'être titulaire d'un droit de propriété qu'en ce qu'il imite l'action divine. La propriété découle donc de l'action de « faire » sur le modèle divin de la Création. L'action de l'homme doit être volontaire et consciente pour mériter une appropriation car la propriété est ici considérée comme une contrepartie à l'action. Adapté au domaine de la création artistique, le raisonnement est identique : l'artiste devient propriétaire de sa création en tant qu'il en est le créateur conscient. Par analogie, l'activité de création est une forme de travail. Dès lors, l'activité créative justifie à elle seule l'acquisition originaire de la propriété par le créateur. L'analyse lockienne permet de concevoir « que la propriété de ses propres

⁹²⁴ G. CORNU, *Droit civil : les biens*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007, 13^e ed., n° 34.

⁹²⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, n° 18.

⁹²⁶ M.-A. HERMITTE (Dir.), *La protection de la création végétale. Le critère de nouveauté*, 1985, Litec, N. BOUCHE, « Obtentions végétales », *Rép. dr. comm.*, Dalloz, 2007, n° 2.

⁹²⁷ J. TULY, *Locke. Droit naturel et propriété*, PUF Léviathan, 1992, spéc. p. 168 et s.

actions puisse être assimilée au droit de propriété du créateur sur son œuvre »⁹²⁸. Selon ce raisonnement, nonobstant leurs dimensions théologiques, il n'est pas étonnant que les théories lockiennes de la propriété aient influencé les débats entourant l'adoption des premières législations sur la propriété intellectuelle⁹²⁹. La conception lockienne de la propriété a également irrigué les philosophes des *Lumières* et les Révolutionnaires français⁹³⁰. À l'aune de la théorie lockienne de la propriété, la célèbre phrase de Le Chapelier, alors rapporteur du Décret des 13-19 janvier 1791, résonne avec une particulière consistance : « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi la plus personnelle des propriétés est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain ». Enfin, Locke est l'un des penseurs à l'origine des droits de l'homme⁹³¹. Par conséquent, la justification de la propriété du bien créatif en tant que travail individuel, telle que développée par Locke, s'inscrit dans une certaine filiation théorique des droits fondamentaux.

424. *La réception doctrinale de la thèse lockienne.* La justification de l'acquisition de la propriété par le travail créatif irrigue une grande partie de la doctrine. Pouillet affirme ainsi que « nous reconnaissons même que la propriété a ici quelque chose de plus certain, de plus indéniable, car, dans son origine ordinaire, la propriété consiste dans l'appropriation d'une chose déjà existante sous la forme où le possesseur se l'approprie, tandis qu'ici elle consiste dans une création, c'est-à-dire dans la production d'une chose qui n'existait pas auparavant, et qui est tellement personnelle qu'elle forme comme une partie de lui-même »⁹³². Dans le même sens, Planiol et Ripert ajoutent que « les propriétés incorporelles ont ce *caractère commun* d'être étroitement liées à l'activité ou à la *faculté créatrice* de l'homme »⁹³³. Ils considèrent donc que « l'activité de l'homme crée vraiment une propriété par sa seule force »⁹³⁴. Roubier considère que la propriété industrielle est « fille de la liberté du commerce et de l'industrie »⁹³⁵. La doctrine contemporaine perçoit également la création comme un mode d'acquisition de la propriété. Ainsi, MM. Mazeaud et Chabas envisagent la création

⁹²⁸ *Ibid.* p. 159.

⁹²⁹ L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *RIDA* 2005, p. 117, spéc., p. 125, J. GINSBURG, « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* janv. 1991, p. 158.

⁹³⁰ HAYEM, *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, LGDJ, 1910.

⁹³¹ FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n^o 11.

⁹³² POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n^o 8.

⁹³³ PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil. Principes généraux, Personnes, Biens*, tome premier, 3^e ed., 1946, n^o 3447.

⁹³⁴ *Ibid.*, n^o 2827. La position de PLANIOL et RIPERT semble toutefois ambiguë. En effet, les auteurs semblent considérer que la création se confond avec l'occupation : « l'homme peut, par son travail, créer un bien nouveau en se servant de choses disparates ».

⁹³⁵ ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, op. cit., p.1.

comme un mode d'acquisition originaire de la propriété⁹³⁶. L'analyse de la création en tant que mode d'acquisition de la propriété est ensuite développée par MM. Zenati-Castaing et Revet⁹³⁷. Selon ces auteurs, le travail créatif constitue un véritable mécanisme d'acquisition de la propriété. Que la chose soit matérielle ou immatérielle, il existe un principe d'équité naturelle dans le fait qu'une chose nouvelle appartienne à celui qui l'a faite (*is quid fecit*). Ils considèrent ainsi que « de l'ensemble des dispositifs spéciaux (de protection de la propriété immatérielle) émerge un principe de rattachement d'une création à la personne physique ou morale qui en est l'auteur, pour avoir fourni le travail créateur ou avoir maîtrisé l'entreprise créatrice [...] le principe « *Is quid fecit* » apparaît comme l'axe fondamental de la propriété intellectuelle »⁹³⁸. Les résultats de la création relèvent en ce sens de la catégorie des « produits de la pure activité humaine » ou des « produits du travail intellectuel »⁹³⁹.

425. *L'abus de confiance : la propriété d'un projet de borne informatique.* La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'abus de confiance offre des exemples de ce mécanisme d'appropriation par le travail créatif⁹⁴⁰. En particulier, un arrêt du 22 septembre 2004, relatif à la propriété d'un projet de borne informatique, applique le principe d'appropriation des choses issues de l'activité intellectuelle⁹⁴¹. Un salarié, chargé par son employeur d'élaborer un projet de borne informatique pour une station d'épuration, avait proposé ce projet à une autre entreprise. L'employeur a assigné son ancien salarié sur le terrain de l'abus de confiance. Afin d'accueillir l'action, le juge devait qualifier le projet de borne informatique de « bien », car l'abus de confiance constitue le détournement du bien d'autrui. Pour ce faire, la Cour de cassation considère que le salarié « *avait disposé au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet qui, dès sa réalisation, était la propriété de*

⁹³⁶ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS : *Leçon de droit civil*, Montchrestien, t. 1, intro, 11^e ed., 1996, n^o 244. Adde. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », *Mélanges Colomer*, Litec, 1990, n^o 23. G. LOISEAU, « Biens – biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *JCl. Civil code*, Art. 527 à 532, fasc. 20, 2005, n^o 22, I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Cedidac, 1985, p. 125, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n^o 49, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n^o 43, G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges Colomer*, Litec, 1987, p. 87., S. LEMARCHAND, O. FREGETE et F. SARDAIN, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droits de la concurrence », *Prop. Intell.* 2003, n^o 6, p. 11.

⁹³⁷ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305, Th. REVET, « Les nouveaux biens », in *La propriété*, Trav. Ass. H. Capitant, 2003, p. 271, Th. REVET, *La force de travail*, op. cit., n^o 496 et s. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n^o 172 et 173

⁹³⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n^o 68, Th. REVET, *La force de travail : étude juridique*, op. cit., n^o 454 et s. : « l'activité créatrice est donc la clé de voûte de la production littéraire et artistique ».

⁹³⁹ Th. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTD Civ.* 2005, p. 164.

⁹⁴⁰ Cass. crim., 14 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1423, note B. DE LAMY, *RTD Civ.* 2001, p. 912, note Th. REVET, au sujet de la propriété d'un numéro de carte de crédit.

⁹⁴¹ Cass. crim., 22 septembre 2004, *D.* 2005, p. 411, note B. DE LAMY, *RTD Civ.* 2005, p. 161, note Th. REVET.

son employeur et dont il n'était devenu que détenteur » (souligné par nous). La Cour de cassation reconnaît ici que le produit d'une activité intellectuelle constitue un bien. Elle admet implicitement que l'origine de la propriété du « projet de borne informatique » réside dans le travail créatif. Le droit de propriété existe selon elle dès la « réalisation », c'est-à-dire dès la création de la chose. La réalisation doit en effet ici s'entendre comme la création intellectuelle de la chose, car la borne informatique est restée au stade de « projet », sans qu'elle soit matériellement réalisée. Par conséquent, le projet de borne informatique est un objet de propriété en ce qu'il découle d'un travail intellectuel du salarié.

426. *La technique : invention et innovation.* Des analyses issues de l'économie industrielle confirment également ce raisonnement⁹⁴². Le rapport entre l'invention et l'innovation est identique à celui existant entre le travail créatif et le résultat de la création. L'innovation (le résultat de la recherche scientifique) résulte d'un travail (la recherche-développement), débouchant sur une invention. Le bien créé (l'invention) est donc l'aboutissement d'un travail « purement » créatif (la recherche-développement), qui n'acquiert de valeur économique qu'avec des investissements. Une découverte sans intérêt ne fera donc pas l'objet d'investissements⁹⁴³. Ainsi, le critère de « l'activité inventive » prévu par le droit des brevets traduit une exigence de travail. Entendu comme la « non-évidence » pour l'homme du métier, le critère de l'activité inventive représente en réalité un travail créatif⁹⁴⁴.

427. *Le critère de la nouveauté.* Toutes les activités intellectuelles ne donnent cependant pas naissance à un bien créatif immatériel⁹⁴⁵. La propriété d'un certain nombre de biens découle, en effet, d'activités intellectuelles qui ne sont pas créatives : par exemple, la propriété d'un fonds de commerce, d'une clientèle⁹⁴⁶ ou de bases de données découle d'activités intellectuelles, sans pour autant que ces biens soient créatifs. Il convient donc de distinguer les activités intellectuelles en général des activités créatives⁹⁴⁷. La différence réside dans le caractère « nouveau » du bien créatif. Plus précisément, un bien issu d'une activité intellectuelle non créative est un bien « subjectivement » nouveau, c'est-à-dire qu'il s'agit de

⁹⁴² F. RICHARD, *Recherche, invention et innovation*, Economica, 1998, p. 8 et s. Voy. plus généralement, sur la distinction entre innovation et invention, les travaux de Schumpeter.

⁹⁴³ Le bien fera pourtant l'objet du droit de propriété. *Contra*, F. RICHARD, *op. cit.*, p. 10 : « les résultats très incertains de la recherche appartiennent au domaine de la découverte. (...) ils ne font pas l'objet d'une appropriation privée ».

⁹⁴⁴ Cf supra n° 330.

⁹⁴⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, *op. cit.*, n° 412.

⁹⁴⁶ Cour EDH, 26 juin 1986, *JDI* 1987. 785, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

⁹⁴⁷ Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.* 2009, p. 323, Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique », *Rép. dr. civil., op. cit.*, n° 28 et s., Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société de l'information », *RTD. Com.* 2003, p. 285.

« toute entité immatérielle, identifiable et isolable, porteuse d'utilités et procédant exclusivement de la mise en œuvre d'une activité intellectuelle humaine »⁹⁴⁸. Par exemple, un fonds de commerce est un bien issu de l'activité humaine. Il est « unique » mais il n'est pas objectivement nouveau. Tous les fonds de commerce sont identiques et, en même temps, ils sont individualisés. De même, le savoir-faire industriel résulte d'un travail, constitue une indéniable valeur économique et fait l'objet d'un droit de propriété⁹⁴⁹. Pourtant, il ne s'agit pas d'une création, faute de nouveauté et de suffisante individualité. Au contraire, les biens créatifs ne sont pas seulement « uniques » (nouveauté « subjective »), mais « objectivement » nouveau. La créativité suppose une « plus-value » intellectuelle qui s'analyse comme une certaine « originalité ». En économie, innover « c'est mettre sur le marché un nouveau produit ou un produit qui a des propriétés nouvelles ; c'est aussi introduire un nouveau procédé de fabrication ou une nouvelle organisation de l'entreprise »⁹⁵⁰. Le critère de nouveauté est ainsi commun aux différents droits de propriété sur les biens créatifs. Le droit de brevets et le droit des dessins et modèles exigent ainsi une nouveauté objective des biens créatifs. Le droit d'auteur exige, de façon distincte, une nouveauté subjective à travers le critère de l'originalité.

428. *La liberté de création, une condition de la propriété d'un bien créatif.* Le travail de création nécessite un certain degré de liberté laissée au créateur⁹⁵¹. La jurisprudence *Guino c. Renoir* illustre parfaitement le besoin de liberté d'auteur⁹⁵². La qualité de coauteur nécessite selon la jurisprudence que la liberté de création soit conservée. La Cour de cassation considère qu' « il résulte que *Guino*, conservant sa liberté de création, a exécuté chacune des sculptures litigieuses en coopération avec *Renoir* et a acquis sur celles-ci un droit distinct »⁹⁵³. La liberté de créer permet alors de distinguer les auteurs des « simples exécutants »⁹⁵⁴ et de refuser la qualité de coauteur en l'absence de liberté créatrice. Par exemple, la qualification d'œuvre de collaboration est écartée aux motifs que les

⁹⁴⁸ Th. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTD Civ.* 2005, p. 164.

⁹⁴⁹ F. DESSEMONTET, *Le savoir-faire industriel. Définition et protection du « know-how » en droit américain*, Droz, 1974, p. 274.

⁹⁵⁰ B. BELLON, *L'innovation créatrice*, Economica/Arte Editions, 2002, p. 3.

⁹⁵¹ Th. REVET, *La force de travail. (Etude juridique)*, *op. cit.*, n° 542 et s.

⁹⁵² Cf. *infra* une analyse plus détaillée de cette affaire : n° 628.

⁹⁵³ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1973, *Guino c. Renoir*, *D.* 1974, jur., p. 533, note COLOMBET, *D.* 1980, chron. p. 43, note B. EDELMAN. *Adde.* Cass. 2^{ème} civ., 6 janvier 1971, *D.* 1971, p. 263, note B. EDELMAN, *JCP* 1971, II, 16723, note LINDON, concernant une biographie écrite sous la dictée, refusant la qualité d'auteur au nègre.

⁹⁵⁴ Voy. notamment Cass. 1^{re} civ., 22 février 2000, *Hemsi c. Laurin*, *Bull.* I, n° 59, p. 40, *Comm. com. Electr.* juin 2000, p. 17, note Ch. CARON : refus de la qualité de co-auteur à la personne ayant aidé à la réalisation d'un catalogue raisonné, mais n'ayant aucun rôle créatif, *CA Poitiers*, 7 décembre 1999, *JCP E*, 2000, p. 1375 : les réalisateurs étaient des simples exécutants des souhaits du producteur, et ne méritent donc pas la qualité d'auteur.

« réalisateurs » d'un documentaire n'avaient pas « *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* »⁹⁵⁵. De même, la personne n'ayant pas participé « *à la conception de l'œuvre dans sa composition : plan du tournage, choix des situations filmées, des images et du cadrage* »⁹⁵⁶ ne saurait bénéficier de la qualité d'auteur. Inversement, M. Pollaud-Dulian note que pour qualifier une œuvre collective, les auteurs doivent avoir « *restreint leur liberté de création au profit du promoteur ou éditeur de l'œuvre en se soumettant à ses directives et à sa coordination* »⁹⁵⁷. Une trop forte marge de liberté des auteurs exclut, par conséquent, la qualification d'œuvre collective⁹⁵⁸. On observe ici que, de façon négative, la liberté de création est une condition de l'appropriabilité d'un bien créatif.

429. *Les droits fondamentaux : une logique opposée.* En somme, le travail créatif représente un mode d'acquisition de la propriété, aussi bien à travers les mécanismes du Code civil qu'à travers une analyse *jus naturaliste* basée sur les thèses de Locke. Ces analyses tranchent cependant avec la réalité des droits fondamentaux. En effet, davantage qu'un mode d'acquisition de la propriété, la création est envisagée comme un objet du droit de propriété. Nous allons donc observer que le travail créatif n'est pas véritablement considéré comme un moyen d'acquies la propriété dans le cadre des droits fondamentaux.

§ 2 – Le bien créatif : objet de la propriété

430. *La valeur économique.* L'étude de la fondamentalisation du droit sur les biens créatifs tranche avec nos précédents développements. En effet, la filiation théorique entre les droits de l'homme et les droits fondamentaux pourrait laisser penser que ces derniers envisageraient la propriété comme un « droit naturel ». Selon cette logique, le droit de propriété sur le travail créatif devrait découler d'une forme de justice naturelle. Mais, bien au contraire, les droits fondamentaux ont développé une approche essentiellement pragmatique de la propriété fondée sur l'idée de valeur économique. La fondamentalisation opère alors un déplacement du siège de la propriété du « travail » vers la « valeur économique ». Nous retrouvons ici encore la dialectique du travail et du capital.

⁹⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2003, *Com. com. electr.* 2003, com. 116, note Ch. CARON, *RIDA* 2003, p. 277, obs. KEREVER.

⁹⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, « *Etre et avoir* », *op. cit.*

⁹⁵⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 255.

⁹⁵⁸ Voy. TGI Paris, 25 septembre 1987, *D.* 1988 somm. com., 205, obs. COLOMBET, à propos de la réalisation d'un tapis.

431. *La fondamentalisation du droit sur les biens créatifs.* L'étude de la fondamentalisation du droit sur les biens créatifs nécessite en premier lieu de déterminer la notion de propriété au sens des droits fondamentaux **(I)**. Ensuite, sauf à considérer que la fondamentalisation n'a qu'une « autorité argumentative »⁹⁵⁹, il faut, dans un second temps, en examiner les conséquences **(II)**.

I – La propriété au sens des droits fondamentaux

432. *Les moyens de la fondamentalisation.* Il existe deux moyens d'envisager le phénomène de fondamentalisation⁹⁶⁰. Soit on considère que les droits fondamentaux appréhendent le droit de propriété dans une logique « descendante », c'est-à-dire qu'ils fondamentalisent le droit de propriété tel qu'il existe dans le droit interne **(A)**. Selon cette logique, le Conseil constitutionnel reconnaît que les droits de propriété intellectuelle, tels que prévus par le CPI, ont une valeur constitutionnelle. Soit on considère qu'il s'agit d'un phénomène « ascendant », c'est-à-dire que les branches du droit sont « hissées » à un niveau fondamental en raison de leurs caractéristiques intrinsèques **(B)**.

A – La fondamentalité descendante

433. *Droit positif.* Selon cette acception de la fondamentalité, les branches du droit sont « rattachées » à des droits fondamentaux. Il s'agit d'une fondamentalité « formelle », en référence à la position du droit dans la hiérarchie des normes⁹⁶¹. Selon cette conception, le droit sur le bien créatif est fondamental dans la mesure où il est qualifié de droit de propriété⁹⁶². Comme nous allons le voir, cette approche est privilégiée par le droit positif.

434. *La fondamentalisation de la propriété intellectuelle.* L'approche des créations intellectuelles par le biais du droit constitutionnel est une question classique à laquelle le législateur du XIX^{ème} siècle était déjà confronté⁹⁶³. Le débat doctrinal est également ancien⁹⁶⁴. Aujourd'hui, la propriété des choses incorporelles est largement admise par les droits fondamentaux. Ainsi, la DUDH prévoit que « *chacun a droit à la protection des*

⁹⁵⁹ J.-B. SEUBE et Th. REVET, « Juin-décembre 2006 : un souffle de fondamentalisation du droit des biens », *Dr. et patr.* 2007, n° 161, p. 83.

⁹⁶⁰ N. MOLFESSIS, « Droit fondamental. Label incontrôlé », *JCP G* 2009, n° 25, p. 32.

⁹⁶¹ N. MOLFESSIS, « Droit fondamental. Label incontrôlé », *op. cit.*

⁹⁶² Rappr. Th. REVET, note sous Cons. const., déc. n° 2009-580 DC, 13 juin 2009, *RTD Civ.* 2009, p. 754.

⁹⁶³ L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^{ème} siècle », *RIDA* 2005, p. 117.

⁹⁶⁴ A. RENDU, *Traité pratique de droit industriel*, Cosse, Paris, 1855, p. 355.

intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». Pourtant, selon René Cassin, qui fut l'un des rédacteurs du texte, la reconnaissance du caractère patrimonial des droits de la création apparaissait comme un objectif secondaire. L'objectif principal de la DUDH était de « proclamer le caractère éminemment personnel de toute œuvre de l'esprit et le lien durable qui persiste entre l'auteur et son œuvre »⁹⁶⁵. Quoi qu'il en soit, le PIDESC en 1966⁹⁶⁶ et les accords ADPIC en 1994⁹⁶⁷ ont ensuite confirmé l'inscription de la propriété immatérielle dans l'ordre international⁹⁶⁸. La propriété immatérielle fait également l'objet d'une reconnaissance par la Cour EDH, qui a étendu la notion de *bien* à de nombreuses formes de propriétés immatérielles⁹⁶⁹. Le droit de l'UE envisage de même les droits de propriété intellectuelle comme des droits fondamentaux. L'article 17 al. 2 de la Charte DFUE prévoit expressément que « *la propriété intellectuelle est protégée* »⁹⁷⁰. La CJUE rappelle d'ailleurs logiquement que les droits de propriété intellectuelle font partie du « *droit fondamental de propriété* »⁹⁷¹. Dans l'ordre juridique français, le Conseil constitutionnel considère que les droits de propriété intellectuelle représentent des « *nouveaux domaines* » du droit de propriété. La première référence au droit de propriété faite par le Conseil constitutionnel résulte de la décision du 16 janvier 1982. Le

⁹⁶⁵ R. CASSIN, « L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs d'œuvres de l'esprit », in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 227. Voy. pour une analyse complète des discussions devant l'Assemblée Générale des Nations Unies la thèse d'A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, LGDJ, préf. Ph. GAUDRAT, 2008, p. 88 et s.

⁹⁶⁶ L'article 15-1.c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, prévoit par des termes très proches de ceux de la DUDH que « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun [...] le droit de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ».

⁹⁶⁷ Ce lien entre les ADPIC et les droits de l'homme résulte plus nettement de la doctrine anglo-saxonne, cet enjeu ayant partiellement échappé à la doctrine continentale : A. CHAPMAN, « The human right implications of intellectual property protection », *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 861, P. YU, « Reconceptualizing intellectual property interest in a human rights framework », *UC Davis Law Review*, 2006 vol.40, 3, p.1039, J. CORNIDES, « Human Rights and Intellectual Property-Conflict or Convergence? », *Journal of World Intellectual Property*, 2004, vol. 7, Part 2, p.135-168, L. HELFER, « Toward a human rights framework for intellectual property », *UC Davis law review*, 2007, vol. 40, p. 971. Voy. cependant A. KEREVER, « Le GATT et le droit d'auteur international », *RTD Com.* 1994, p. 629.

⁹⁶⁸ Voy. le Panel du 9 novembre 1998 à l'occasion du 50^e anniversaire de la DUDH, publié par l'OMPI et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Droits de l'homme, *Intellectual Property and Human Rights*, Publication n° 762, 1999. Résolution 2000/7 et 2001/21, disponibles sur <http://www.unhchr.ch>. Voy. aussi, *Human rights and intellectual property issues : Statement by the committee on economic social and cultural rights*, 2001, E/C.12/2001/15.

⁹⁶⁹ Voy. pour les marques : Cour EDH, 11 janvier 2007, *Anheuser-Bush Inc. c. Portugal*, n° 73049/01, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 67, *JCP E* 2007, p. 1409, note A. ZOLLINGER, Voy. pour les brevets : Comm. EDH, 4 octobre 1990, *Smith Kline & French Laboratories Ltd. c. Pays-Bas*, Voy. pour le droit d'auteur : Cour EDH, 4e sect., 29 janv. 2008, *Balan c. Moldavie*, *Comm. com. électr.* 2008, comm. 76, *Légipresse* 2008, n° 250, III, p. 61, note J. LESUEUR, Voy. pour les noms de domaine : Cour EDH, 5e sect., 18 sept. 2007, aff. n° 25379/04, n° 21722/05 et n° 21770/05, *Paeffgen GMBH c. Allemagne*, *Comm. com. Electr.* 2008, comm. 88, note Ch. CARON.

⁹⁷⁰ Voy. note du Presidium « *Projet de Charte DFUE* », Bruxelles, 19 octobre 2000, p. 20. Le droit de propriété de l'article 217 a « *le même sens et la même portée que celui garanti par CEDH et les limitations prévues par celle-ci ne peuvent être excédées* ».

⁹⁷¹ CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, *Promusicae*, pt. 62

juge constitutionnel prévoit alors que « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée (...) par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux* »⁹⁷². De façon plus explicite ensuite, le Conseil constitutionnel a expressément fait référence en 1992 au droit des marques parmi les « *domaines nouveaux* » du droit de propriété⁹⁷³. Le Conseil intègre aussi le droit d'auteur dans la sphère des droits constitutionnels depuis la décision du 27 juillet 2006 relative à la loi du 1^{er} août 2006⁹⁷⁴. Comme précédemment au sujet du droit des marques, il affirme que les « *domaines nouveaux* » du droit de propriété s'étendent au droit d'auteur et aux droits voisins. Le juge constitutionnel a d'ailleurs consacré, par la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, un « *objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle* »⁹⁷⁵. De même, la Cour de cassation fait explicitement référence à la Convention EDH afin de qualifier de « biens » les droits de propriété intellectuelle⁹⁷⁶.

435. *La fondamentalisation des droits moraux.* La fondamentalisation concerne principalement les droits patrimoniaux du créateur. Mais l'opération de fondamentalisation par le rattachement au droit de propriété peut également être appliquée aux droits moraux du créateur. Elle peut emprunter plusieurs chemins. Tout d'abord, il est possible de concevoir que les prérogatives patrimoniales et morales forment une seule et même catégorie *sui generis* de droits fondamentaux. C'est l'idée, développée notamment par Dabin, de concevoir une

⁹⁷² Cons. const., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, déc. n° 81-132 DC, cons. 16.

⁹⁷³ Cons. const., 15 janvier 1992, *Loi renforçant la protection des consommateurs*, déc. n° 91-303 DC, cons. 9.

⁹⁷⁴ Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi DVDSI*, décision n° 2006-540 DC, cons. 15. Voy. l'étude de M. VIVANT, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Prop. Intell.* 2007, p. 193, Th. REVET, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD Civ.* 2006, p. 791, *D.* 2006, p. 2157, note C. CASTETS-RENARD, *Légipresse* 2006 p. 129, note L. THOUMYRE, *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240 (« Patatras! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 »), comm. V.-L. BENABOU, *Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 140 (la nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel), note Ch. CARON, J.-E. SCHOETTL, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 n° 2006-540 DC, la propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (1^{ère} et 2^{ème} partie) », *LPA* 14, 15 et 16 août 2006. Voy. aussi Cons. const. 2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 13.

⁹⁷⁵ Cons. const., 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Journal officiel* du 7 août 2004, p. 14087, texte n° 9, cons. 9 et 13, Rec. p. 126, Le Conseil a ensuite renouvelé son attachement à la sauvegarde de la propriété intellectuelle lors de la décision 2009-580 DC du 10 juin 2009, mais cette fois en supprimant la référence à la création culturelle (Cons. const., 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Journal officiel* du 13 juin 2009, p. 9675, texte n° 3, cons. 13).

⁹⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2007, *Prop. Intell.* 2008, n° 26, p. 112, obs. J.-M. BRUGUIERE, *Comm. com. électr.* 2008, comm. 2, note Ch. CARON. De même, la Cour d'appel de Paris affirme que « *le monopole des droits d'auteur ne constitue pas une exception aux libertés fondamentales étant tout autant que le droit à la liberté du commerce et de l'industrie et les autres libertés inscrit dans les droits fondamentaux* » (CA Paris, 12 septembre 2008, n° 07/00860).

grande catégorie de « droits intellectuels »⁹⁷⁷. Les « droits des créateurs » ne seraient alors pas réductibles aux droits patrimoniaux. Certains textes internationaux reconnaissent d'ailleurs les droits moraux⁹⁷⁸. Ensuite, la fondamentalisation du droit moral peut être admise par l'entremise des droits de la personnalité. Les droits moraux sont en effet habituellement considérés par la jurisprudence française et la doctrine comme un droit de la personnalité⁹⁷⁹. Les droits de la personnalité constituent des droits fondamentaux dans la mesure où la plupart des déclarations de droits mentionnent la protection de la vie privée ou de l'honneur, manifestations de la personnalité. Cette analyse semble bien fondée. Elle n'est cependant pas totalement satisfaisante du point de vue des droits fondamentaux car elle contribue à morceler la catégorie des droits sur la création.

436. *L'unité des droits de propriété du créateur.* Une analyse unitaire des droits de la création est toutefois possible à travers le droit de propriété. Pour cela, il est nécessaire d'admettre que les droits moraux entrent dans la catégorie du droit de propriété. Avant d'en expliquer la démonstration, notons au préalable que la fondamentalisation des prérogatives morales à travers le droit de propriété est d'ailleurs cohérente avec l'origine personnaliste du droit de propriété. N'est-il pas logique d'admettre que l'origine personnaliste du droit de propriété se manifeste dans les prérogatives du droit moral ? D'ailleurs, d'un point de vue historique, la construction du droit moral s'est réalisée en lien étroit avec la notion de

⁹⁷⁷ J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. lég. et jur.* 1939, p. 423. Voy. pour plus de développements : E. PICARD et S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Lacier, 2007, p. 322 et s.

⁹⁷⁸ L'alinéa 1 de l'article 6 bis de la Convention de Berne dispose à cet égard que « *indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* ». L'article 15-1^o -c du PIDESC et l'article 27-2 de la DUDH le droit « *de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* » (souligné par nous)

⁹⁷⁹ La jurisprudence attache le droit moral à la catégorie des droits de la personnalité : Cass. civ., 5 juin 1902, *Lecocq*, DP 1903, 1, 5, concl. BAUDOUIN, Cass. civ., 14 mai 1945, *Canal*, D. 1945, p. 285, note DESBOIS, Cass. civ. 4 décembre 1956, *Bonnard*, JCP 1959, II, 11141, note WEILL, Cass. 1^{er} civ., 10 mars 1993, D. 1994, jur. p. 74, note FRANÇON, JCP G 1993, II, 22161, note J. RAYNARD. La doctrine analyse bien souvent les droits moraux en droits de la personnalité : BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, I, 1867, n^o 214 et s, SALEILLES, S. 1900, 2, p. 121, SFETEA, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, thèse, Paris, 1923, n^o 199, R. NERSON, *Les droits extra-patrimoniaux*, LGDJ, 1939, n^o 120, MARTY et RAYNAUD, *Les personnes*, Sirey, 1974, n^o 4, p. 13, DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., n^o 380, R. LINDON, « Une création prétorienne : les droits de la personnalité », Dalloz, 1974, p. 285 et s., F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », JCP G 1994, I, 3780, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, n^o 189, J. de WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*, Staempfli, 1997, p. 39, J.-M. BRUGUIERE, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », D. 2011, p. 28 et s., C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 562 et s.

propriété⁹⁸⁰. En outre, le législateur de 1957 a prévu que le droit moral est un attribut du « *droit de propriété incorporelle* ».

437. *Les droits moraux, manifestations du droit de propriété ?* Au-delà des considérations historiques et linguistiques, il existe différents moyens de rattacher les droits moraux à la catégorie du droit de propriété. Le premier moyen consiste à considérer le droit moral comme une « servitude du monopole d'exploitation »⁹⁸¹ ou un « démembrement de la propriété »⁹⁸², c'est-à-dire comme un moyen d'affirmer ou de paralyser l'usage des droits patrimoniaux. Le droit moral entretient alors un rapport *d'accessoire* à *principal* avec les prérogatives patrimoniales. Le caractère accessoire impose, par conséquent, le rattachement du droit d'auteur au droit de propriété. Le second moyen est d'envisager le droit moral à travers sa dimension pécuniaire. En effet, la mise en œuvre du droit moral est essentiellement patrimoniale. La méconnaissance des droits moraux se résout en effet en dommages et intérêts⁹⁸³. Ainsi, le *droit à indemnisation*, issu de la violation du droit moral, constitue en lui-même un bien⁹⁸⁴. Enfin, plus généralement encore, tout en considérant le droit moral comme un droit de la personnalité, il est possible de qualifier les droits de la personnalité en tant que droit de propriété⁹⁸⁵. La patrimonialisation des droits de la personnalité permet de conserver le droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité et, en même temps, de le rapprocher conceptuellement des prérogatives patrimoniales des droits de propriété intellectuelle⁹⁸⁶.

438. En somme, l'opération de fondamentalisation descendante permet de rattacher les différents droits sur le bien créatif au domaine des droits fondamentaux. Elle ne renseigne cependant pas sur la fundamentalité « intrinsèque » du bien créatif. Pourtant, les droits

⁹⁸⁰ L. PFISTER, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse, Strasbourg III, 2 t., 1999, p. 837 et s. L'auteur ajoute que le « droit » moral constitue bien un droit de propriété. Cependant, l'argument de la propriété des droits doit être manié avec précaution (Voy. la thèse : J. LAURENT, *La propriété des droits*, thèse, Paris I, 2009).

⁹⁸¹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 290, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. M. VIVANT, Litec, 1990, n° 325. *Contra* F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780.

⁹⁸² CABRILLAC, *La protection de la personnalité de l'artiste et de l'écrivain*, *op. cit.*, p. 150 : le droit moral représente alors une forme de propriété féodale (distinction du domaine utile (les prérogatives patrimoniales) et du *domaine éminent* (les prérogatives morales)).

⁹⁸³ P. RECHT, *Le droit d'auteur. Une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 143 et p. 275.

⁹⁸⁴ A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 402.

⁹⁸⁵ T. HASSLER, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », *Légipresse* 2007, n° 245, II, p. 123, G. LOISEAU, « La crise existentielle du droit patrimonial à l'image », *D.* 2010 p. 450.

⁹⁸⁶ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, 2 t., PUAM, 2002, *passim*.

fondamentaux ont développé une conception propre de la propriété. Il convient donc, à présent, d'examiner la nature fondamentale du droit de propriété sur le bien créatif.

B – La fundamentalité ascendante

439. *La valeur économique.* Le second moyen de fundamentaliser un droit suppose d'examiner sa *nature*. En l'espèce, l'approche du droit de propriété sur le bien créatif correspond-t-elle à la définition du droit telle que donnée par les droits fondamentaux ? Il s'agit alors de rechercher la fundamentalité « substantielle »⁹⁸⁷ du droit de propriété sur le bien créatif. Il faut pour cela examiner la notion de « propriété » au sens des droits fondamentaux. Celle-ci est très vaste⁹⁸⁸. Il existe pourtant une caractéristique commune à l'ensemble des conceptions du droit fondamental de propriété. Il s'agit de *valeur économique des choses*⁹⁸⁹.

440. *La notion de « bien » au sens de la Convention EDH.* La Cour EDH érige la notion de « bien » en une « notion autonome ». Elle affirme ainsi régulièrement que « *la notion de "bien" évoquée à la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits patrimoniaux" et donc des "biens" aux fins de cette disposition* »⁹⁹⁰. Elle ajoute que la notion de bien est appréciée selon les circonstances de chaque espèce : « *dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1* »⁹⁹¹. Par exemple, les « *droits et intérêts constituant des actifs* »⁹⁹² sont ainsi des biens au sens de la Cour EDH. Plus largement encore, elle inclut les « *valeur patrimoniales, y compris les créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit*

⁹⁸⁷ N. MOLFESSIS, « Droit fondamental. Label incontrôlé », *op. cit.*

⁹⁸⁸ A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001, n° 154 et s.

⁹⁸⁹ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.* p. 723, spéc. p. 736. J.-L. BERGEL, « Rapport introductif », in *La Propriété. Journées vietnamiennes de Hanoi*, Ass. H. Capitant, SLC, 2003, p. 216, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007, n° 473, p. 151 et s., F. ZENATI, « L'immatérialité et les choses », *ADP* 1999, t. 43, p. 82.

⁹⁹⁰ Cour EDH, 29 mars 2010, *Depalle c. France*, Req. 34044/02, § 62. *Adde.* Cour EDH, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet c. France*, Req. 34078/02, § 71, Cour EDH, 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, Req. n° 48939/99, § 124.

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² Cour EDH, Gr. Ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, § 124.

de propriété »⁹⁹³. Par exemple, une clientèle de cinéma est un bien au sens de la Cour EDH car l'exploitant du cinéma a une « *espérance légitime* » de l'attirer⁹⁹⁴. Selon ce raisonnement, le bien créatif est un « bien » au sens de la Convention EDH car il s'agit d'une indéniable « valeur patrimoniale ».

441. *L'arrêt Dogan c. Turquie.* En plus de la « valeur patrimoniale » qu'il représente, le bien créatif est le fruit d'une activité créative. Il représente l'aboutissement d'un travail ainsi qu'une source de revenus. Il constitue également à ce titre un bien au sens de la Convention EDH. En effet, la Cour EDH considère, depuis l'arrêt *Dogan c. Turquie* du 29 juin 2004 que « *les ressources économiques et les revenus* » que les personnes tirent de « *l'ensemble de leurs activités économiques* » sont des biens⁹⁹⁵. En l'espèce, la privation des ressources économiques résultait du déplacement des habitants d'un village pendant neuf années. Ces derniers étaient alors privé de leur activité qui consistait en l'exploitation des ressources du village. Cette « socialisation de la notion de bien »⁹⁹⁶ permet ainsi d'élever le bien créatif au rang de bien. Le bien créatif est un bien objet de propriété car il est la manifestation d'une activité économique.

442. *Le titre de propriété.* Relevons enfin qu'aucun « titre » de propriété n'est nécessaire pour qualifier un bien. La Cour EDH reconnaît ainsi qu'une habitation édifée sur un terrain appartenant à autrui, c'est-à-dire sans droit ni titre, constitue un bien au sens de la Convention EDH⁹⁹⁷. On peut en tirer argument pour trancher le débat relatif à l'*existence* d'un bien s'agissant des inventions en l'absence de titre de propriété délivré par l'Etat. En effet, la substance du bien ne réside pas dans le titre de propriété délivré par l'INPI en matière de brevet ou de dessins et modèles, mais dans la création elle-même, c'est-à-dire dans sa valeur économique⁹⁹⁸. La délivrance d'un titre est donc indifférente au sens de la Convention EDH. Une demande d'enregistrement de marque constitue ainsi un bien au sens de la Convention EDH⁹⁹⁹.

⁹⁹³ Cour EDH, 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, Req. n° 42527/98, § 83.

⁹⁹⁴ Cour EDH, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, Req. n° 31116/96, § 54.

⁹⁹⁵ Cour EDH, 29 juin 2004, *Dogan et al. c. Turquie*, Req. n° 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02/96, § 139.

⁹⁹⁶ J.-P. MARGUENAUD, « La notion de "biens" », in F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZINOVA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 665.

⁹⁹⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, op. cit., § 126.

⁹⁹⁸ J. RAYNARD, « Les propriétés intellectuelles, un pluriel bien singulier », in *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p. 527, spéc. p. 539.

⁹⁹⁹ Cour EDH, 11 janvier 2007, *Anheuser-Bush Inc. c. Portugal*, op. cit., § 78.

443. *La valeur économique, une justification traditionnelle.* Au-delà de la notion de bien au sens de la Convention EDH, la légitimation de la propriété intellectuelle à travers la valeur économique qu'elle véhicule est classique. Certains économistes, à l'instar de Walras, estiment que le droit de propriété porte sur la valeur économique de la création¹⁰⁰⁰. De même, de nombreux juristes classiques¹⁰⁰¹ et contemporains¹⁰⁰² envisagent la création comme un phénomène économique. Cette conception est notamment à la base du *copyright*¹⁰⁰³. La conception économique de la propriété intellectuelle évoque enfin la théorie des « droits de clientèle » développée par Roubier. Selon celle-ci, les droits de propriété intellectuelle doivent permettre de retenir une clientèle attirée grâce au « travail créatif »¹⁰⁰⁴. En définitive, la création est un bien en ce qu'elle est, avant tout, une valeur économique, une chose utile et rare¹⁰⁰⁵.

444. *Bouleversement de la conception traditionnelle ?* Pourtant, en principe, l'existence du droit de propriété ne dépend pas de la valeur économique de la création¹⁰⁰⁶. Le droit de propriété étant un droit subjectif, elle ne dépend pas de la valeur économique de la chose. Faut-il pour autant en conclure que les droits fondamentaux dénaturent la propriété intellectuelle ? Il ne le semble pas. La notion de bien au sens de la Convention EDH est suffisamment large pour y inclure les « intérêts » et les « espérances légitimes ». Elle est donc apte à inclure toutes les formes de création indépendamment de leur valeur.

II – Les conséquences de la fondamentalisation de propriété du bien créatif

445. *Le travail et l'investissement.* La substance du bien créatif oscille entre la protection du *travail* fourni et celui de l'*investissement* réalisé. Ces deux pôles de la propriété

¹⁰⁰⁰ WALRAS, « De la propriété intellectuelle », in *Etudes d'économie sociale*, Economica, 1990, ed. originale 1896, p. 213, pour qui la propriété intellectuelle doit être protégée lorsqu'elle constitue de la « richesse sociale ».

¹⁰⁰¹ HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 42. POUILLET, POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, op. cit., n°9, JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3° ed., 1938, t. 1, n° 1527, THALLER, *RTD Civ.* 1903, p. 61, LACOUR, *Ann. dr. com.* 1903, p. 19, Voy. sur ce point : J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de loi. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, op. cit., n° 355.

¹⁰⁰² F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, thèse, Lyon 3, 1981, n° 90, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », op. cit., n° 17, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007, n° 573.

¹⁰⁰³ E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, thèse, Nantes, 2009, n° 158.

¹⁰⁰⁴ ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 252, spéc. p. 291 et s., ROUBIER, « Distinction de l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD Civ.* 1952, p.161.

¹⁰⁰⁵ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277, Th. REVET, *La force de travail*, op. cit., n° 497. Adde. N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. G. BONNET et M. GERMAIN, Litec, 2007.

¹⁰⁰⁶ E. TREPOZ, « La propriété intellectuelle et le droit au nom », in J.-M. BRUGUIERE (Dir.), *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, 2009, p. 93, spéc. p. 99.

transcendent d'ailleurs les sciences sociales et cristallisaient notamment la tension entre le capitalisme et le socialisme. Comme nous l'avons vu, les droits fondamentaux prennent davantage en compte la conception économique de la propriété. Quelles sont les conséquences de cette conception du bien créatif ?

446. *L'ignorance des droits moraux.* La première manifestation, que nous ne développerons pas, est la quasi-absence des droits moraux parmi les droits fondamentaux. On peut l'expliquer par plusieurs facteurs. Les droits moraux cadrent mal avec les droits fondamentaux classiques. Ils constituent en effet des droits de la personnalité mais portent sur un bien. De plus, en droit français, ils ne portent véritablement que sur les œuvres de l'esprit au sens du Livre I du CPI. Ils sont atrophiés dans les autres matières. Leur légitimité est donc restreinte. En outre, ils découlent essentiellement de la conception continentale du droit d'auteur. Par opposition, le *copyright* ne connaît pratiquement pas cette conception personnelle de la propriété.

447. *L'objectivation des critères de la propriété et l'extension de la notion de bien créatif.* La seconde conséquence de la fondamentalisation du droit de propriété sur les biens créatifs est l'objectivation des conditions d'accès à la propriété (**A**). Cet effet résulte logiquement de la conception du bien créatif centrée sur leur valeur économique. Enfin, la troisième conséquence, plus générale encore, est l'extension de la notion de bien créatif. En particulier, se pose la question de savoir si les biens créatifs trouvent exclusivement leur siège dans le CPI (**B**).

A – L'objectivation des conditions d'accès à la propriété

448. *La logique d'investissement.* La logique d'investissement est inhérente à la conception du bien créatif à travers les droits fondamentaux. En effet, l'investissement représente un moyen privilégié d'obtenir une valeur économique. Par exemple, le régime de protection des bases de données est une manifestation de la logique de l'investissement. L'article L.341-1 du CPI prévoit expressément que les bases de données reçoivent une protection lorsque la constitution, la vérification ou la présentation attestent « *d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ». L'investissement n'est d'ailleurs pas antinomique avec le travail créatif à l'origine de la propriété. Au contraire, l'investissement est souvent une *condition* du travail créatif impliquant, certes, une hauteur inventive réduite¹⁰⁰⁷. Comment

¹⁰⁰⁷ A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies Techniques, 1975, n° 433.

créer sans outil ? Et comment créer sans financement ? Concrètement, l'investissement est une condition de la création qui se reflète dans la notion de bien. L'investissement constitue ainsi une dépense *en vue* de créer.

449. *La concurrence déloyale.* Mais l'investissement n'est pas une condition suffisante pour admettre la qualification de « bien ». Le bien créatif doit en plus constituer la matérialisation d'une forme nouvelle ou originale. La différence irréductible entre l'investissement et la création explique, par exemple, l'interdiction du cumul des actions en concurrence déloyale et sur la base des propriétés intellectuelles. Ces deux actions ne garantissent pas le même objet. L'action en concurrence déloyale confère une protection à l'investissement, tandis que l'action en contrefaçon protège un droit de propriété. C'est pourquoi la jurisprudence exige la preuve de « *fautes distinctes* »¹⁰⁰⁸.

450. *Les bases de données.* La protection des bases de données offre un autre exemple de cette distinction. En effet, la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données distingue l'opération de « création » des données et l'opération « d'investissement » nécessaire à la constitution de la base. Le droit *sui generis* prévu par la directive vise ainsi la protection « *d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données* »¹⁰⁰⁹. La directive ajoute « *que cet investissement peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie* ». La CJUE en déduit pourtant que l'investissement « *ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données* »¹⁰¹⁰ (souligné par nous).

451. *Les droits voisins.* La balance entre l'investissement et le travail est également au centre des droits voisins du droit d'auteur. Ils cristallisent en effet les rapports conflictuels entre les artistes-interprètes, travailleurs de la création, et les producteurs et diffuseurs de produit culturels, investisseurs de la création¹⁰¹¹. Ces droits sont au carrefour des logiques de protection de la créativité et de l'investissement. Sans entrer ici dans le détail d'une règlementation complexe, M. Deverat note une tendance générale à faire « abdiquer en partie la défense de la

¹⁰⁰⁸ Cass. com, 5 juillet 2006, CCC 2006, n° 11, p. 23, note M. MALAURIE-VIGNAL, Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2007, D. 2007, p. 1138, note E. CHEVRIER, *Prop. Indus.* 2007, comm. 68, note J. LARRIEU.

¹⁰⁰⁹ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données cons. 40.

¹⁰¹⁰ CJUE, 9 novembre 2004, C-203/02, « *The British Horseracing Board Ltd. c. William Hill Organization Ltd.*, att. 34.

¹⁰¹¹ X. DEVERAT, « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits », *JCl. Civil Annexes*, V° Propriété littéraire et artistique, fasc. 1410, 2008, n° 7.

créativité et valorise l'investissement »¹⁰¹². Celle-ci se manifeste notamment par le régime de présomption de salariat des artistes-interprètes et le système de licences forcées accordées aux producteurs de produits créatifs.

452. *L'objectivation des critères d'accès à la propriété intellectuelle.* La première conséquence de la logique d'investissement, telle que conçue par des droits fondamentaux à travers la notion de bien, est le mouvement d'objectivation des critères d'accès à la propriété intellectuelle. Il s'agit d'un mouvement général des propriétés intellectuelles¹⁰¹³. Le principal critère objectif de protection demeure celui de la « nouveauté », tel que prévu par le droit des brevets et des dessins et modèles et, dans une certaine mesure, le droit d'auteur. Ce mouvement d'objectivation des critères de protection est en effet surtout perceptible en matière de droit d'auteur¹⁰¹⁴. Il est désormais classique de relever l'objectivation de la notion d'originalité en matière de droit d'auteur de logiciel. Par l'arrêt « *Pacho* », la Cour de cassation a substitué au critère traditionnel de « *l'empreinte de la personnalité* » le critère de l'« *apport intellectuel du créateur* ». Le critère de « *l'apport intellectuel* » traduit alors la logique d'investissement et de valeur économique propre au logiciel. Plus généralement, l'originalité du droit d'auteur est parfois conçue, en pratique, comme un équivalent de la nouveauté, par opposition à la banalité¹⁰¹⁵. De même, l'article L.512-2 du CPI prévoit que « *seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre* ».

453. Le phénomène d'objectivation des critères d'accès à la propriété conduit à admettre une certaine distanciation entre les biens créatifs et la personne du créateur¹⁰¹⁶. La distanciation entre le créateur et la création est directement le fruit de la tension entre la logique personnaliste et la logique économique qui traverse le droit fondamental de propriété sur la création. La notion de bien découle d'une conception économique. Il paraît donc légitime d'étendre le champ des créations protégées à l'ensemble des biens créatifs ayant une valeur économique. Celle-ci est alors appréciée indépendamment de la personne du créateur. La protection des œuvres collectives s'inscrit dans cette perspective dans la mesure où

¹⁰¹² *Ibid.*, n° 56.

¹⁰¹³ G. LOISEAU, « Biens. Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *J-CI Civil code*, art. 527 à 532, fasc. 20, 2005, n° 18.

¹⁰¹⁴ Voy. notamment, A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* 1993, I, 3681, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 76, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 77.

¹⁰¹⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *cop. cit.*, n° 34 et s.

¹⁰¹⁶ G. LOISEAU, « Biens. Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *op. cit.*

l'article L.113-2 al 3 du CPI attribue le droit de propriété à l'investisseur¹⁰¹⁷. Les droits fondamentaux conduisent ainsi à admettre une objectivation des critères d'accès à la protection par l'intermédiaire de la conception économique.

454. *L'exemple des « choix créatifs ».* La question de la protection des « choix » par le droit de propriété est controversée¹⁰¹⁸. La difficulté concerne en particulier les créations d'art contemporain et de logiciels. Ces deux types de création sont en effet bien souvent guidés par des « choix » : choix d'un langage informatique, d'un éclairage, d'une mise en scène, d'une couleur, etc. Elle concerne plus généralement des objets à faible valeur créative, dans le domaine de l'édition et du *design* par exemple. La protection par le droit de propriété des choix se heurte à deux obstacles. Le premier est celui du « seuil de créativité » : les choix peuvent-ils seulement être créatifs ? Le second est propre aux conditions de protection par le droit d'auteur : comment la personnalité de l'auteur s'exprime-t-elle à travers des choix créatifs ?

455. *Le caractère créatif.* Les choix peuvent-ils constituer des actes créatifs susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété ? La réponse à cette question suppose de déterminer dans quelles mesures un choix peut revêtir un caractère « créatif ». Autrement dit, comment caractériser le « seuil de créativité » des choix ? Il apparaît que deux critères permettent de déterminer ce seuil. Le premier est celui de la *liberté du créateur*. Le second est son corollaire : *l'arbitraire*. *A contrario*, sans liberté ni arbitraire, le choix serait automatique ou contraint¹⁰¹⁹. Ainsi, par exemple, le joueur de jeux vidéo, en procédant à des choix, ne réalise pas une création car les options qui lui sont offertes sont « fermées »¹⁰²⁰.

456. *L'affaire Marie Claire.* L'affaire *Marie Claire* fournit un exemple de l'exigence d'arbitraire des choix créatifs. Un ancien salarié d'une entreprise organisant un « concours de produits de beauté » revendiqua des droits d'auteur sur son travail. Son « œuvre » consistait selon lui dans le « choix de critères » permettant de réaliser le classement des produits (caractère innovant, rapport qualité-prix, catégorie de produits...). La Cour d'appel considère, sans plus de justification, que ce concours « relève de la création ». Mais la Cour de cassation

¹⁰¹⁷ Voy. parmi une importante littérature : B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998, chron p. 141, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 231.

¹⁰¹⁸ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* 2003, I, 3681.

¹⁰¹⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 97, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 94 : l'auteur évoque un « choix arbitraire original ».

¹⁰²⁰ Ph. GAUDRAT, « Jeu vidéo : le logiciel remis à sa place », *RTD Com.* 2010, p. 319.

casse logiquement cet arrêt au motif que « *les règles d'un concours, même si elles procèdent d'un choix arbitraire, ne peuvent, indépendamment de la forme ou de la présentation qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur* »¹⁰²¹. La Cour de cassation admet donc la protection des « choix arbitraires ». Le refus de protection par le droit d'auteur résulte ici de l'insuffisante mise en forme du projet de concours de produit de beauté. On peut toutefois s'interroger sur le caractère véritablement « arbitraire » des critères proposés par l'auteur du concours (caractère innovant, rapport qualité-prix, etc.). Il nous semble, au contraire, que ces critères ne sont pas arbitraires mais, bien au contraire, imposés par la technique même du classement de produits. D'ailleurs, on a du mal à imaginer des critères arbitraires en matière de classement de produits.

457. *Les créations informatiques.* Les créations informatiques offrent également des exemples de protection des choix arbitraires. C'est le cas notamment à travers les premiers arrêts relatifs à la protection des logiciels par le droit d'auteur. Le raisonnement des juges du fond était alors centré sur le caractère créatif de leurs choix. Pour le caractériser, ils se livrent à une analyse de la nature des choix opérés par les programmeurs : « *dès lors que la création d'un programme informatique, qui n'est pas antériorisée, présente une solution originale, portant la marque de la personnalité de son auteur en ce que son élaboration, loin de se limiter à l'expression d'une logique automatique et contraignante, a supposé un choix subjectif entre divers modes de présentation et d'expression, il y a contrefaçon si un logiciel mis en vente par une société concurrente présente un ensemble identique d'instructions* » (souligné par nous)¹⁰²². Bien que ces jurisprudences soient dépassées, il est intéressant de relever que la protection des choix était au centre des débats.

458. *La personnalité de l'auteur.* Comme le relève cet exemple en matière de logiciel, le droit d'auteur exige que les choix reflètent, selon la définition classique de l'originalité, la personnalité de leur auteur. Le caractère arbitraire du choix ne suffit pas, en effet, à conférer une propriété à l'objet. La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de cour d'appel, qui avait admis l'originalité d'un livre sur la Corse, au motif que « *en fondant sa décision sur l'absence d'antériorité de toute pièce et le caractère nouveau des choix opérés* », elle « *n'a pas caractérisé en quoi ces choix, pour arbitraire qu'ils soient, portaient l'empreinte de la* »

¹⁰²¹ Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, D. 2006, p.517, note A. TRICOIRE, RTD. Com 2006, p.78, note F. POLLAUD-DULIAN

¹⁰²² CA Paris, 4^e ch., 5 mars 1987, « Macsi Informatique c/ Apple », D. 1988. somm. 204, obs. COLOMBET.

personnalité de leur auteur »¹⁰²³ (souligné par nous). En l'espèce, la cour d'appel avait déterminé l'originalité des choix à partir des « *caractéristiques éditoriales tenant notamment au format adopté, à la couleur et à la qualité du papier choisi et à l'apposition de simples légendes* ». La Cour de cassation lui reproche donc d'avoir déduit l'originalité de la simple combinaison d'éléments classiques de l'édition. En l'occurrence, le choix du papier, des légendes ou du format est un choix contraint. La liberté est alors réduite à néant.

459. *L'affaire de la « Nouvelle Eve ».* L'originalité des choix créatifs est caractérisée lorsque la combinaison d'éléments non originaux est arbitraire. La Cour de cassation admet ainsi, lors de l'affaire de la « Nouvelle Eve », la protection « *des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur* ». La création litigieuse consistait en l'inscription du mot « *Paradis* » au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques d'un hôpital. Cette œuvre d'art ayant fait l'objet d'une photographie sans autorisation de son auteur, celui-ci a agi en contrefaçon. Le photographe lui opposait naturellement l'absence d'originalité de sa création. La création consistant en la seule inscription d'un mot au-dessus d'une porte, le contrefacteur avançait que le choix n'est pas créatif. La Cour de cassation rejette pourtant le pourvoi en approuvant la cour d'appel d'avoir relevé que « *l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme « Paradis », mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur* »¹⁰²⁴. L'arbitraire se confond donc ici avec la personnalité. Il y a expression de la personnalité car il y a liberté de choix, c'est-à-dire arbitraire. L'arbitraire traduisant ici « *l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun* »¹⁰²⁵.

460. *Le télescopage des logiques de créativité et d'investissement.* Ces jurisprudences sur les choix créatifs traduisent toutefois un certain télescopage des logiques de créativité et d'investissement. En effet, l'objectif sous-jacent de ces arrêts est de protéger le travail de

¹⁰²³ Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006, *Propriété intellectuelle*, octobre 2006, 443, obs. A. LUCAS, *RTD Com.* 2007, p.77, note F. POLLAUD-DULIAN. *Adde.* Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1989, *JCP* 1990, II, 21392, obs. A. LUCAS, *RIDA* janv. 1990, p. 309, Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *D.* 2006, AJ p. 145, obs. J. DALEAU et Jur. p. 517, note A. TRICOIRE, *Comm. com. élec.* 2006, n° 18, obs. Ch. CARON, *RTD Com.* 2006, p. 78, note F. POLLAUD-DULIAN,

¹⁰²⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, *D.* 2009, p. 266 note E. TREPOZ, *RLDI* 2009, 1534 note N. WALRAVENS, *RLDI* 1565, note E. TRICOIRE. Voy. également B. EDELMAN, « La création dans l'art contemporain », *D.* 2009, p. 38.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

l'auteur des choix dans la mesure où il représente une valeur économique. C'est le cas en matière de logiciels nécessitant un lourd travail de développement. C'est le cas également en matière d'œuvre d'art. En particulier, le télescopage résulte de l'importance de la notoriété de l'artiste, qui représente une valeur en elle-même. La valeur de l'objet d'art réside alors davantage dans la signature de l'artiste que dans la créativité des choix réalisés¹⁰²⁶. Cette remarque conduit d'ailleurs à assimiler l'objet d'art au droit de marque dans la mesure où la valeur est plus importante que la créativité du choix¹⁰²⁷. Le caractère « créatif » des choix réside alors dans la combinaison de leur valeur, de l'arbitraire de leur auteur et de leur nouveauté. Les bases de données représentent en ce sens l'archétype des créations mêlant choix et investissements.

461. *Le recul de la conception personnaliste de la propriété.* En définitive, les droits fondamentaux produisent un recul de la conception personnaliste de la propriété intellectuelle. Cette conclusion est paradoxale tant le lien entre le créateur et la création paraît important¹⁰²⁸. Les conditions d'accès à la protection demeurent ainsi irriguées par la personnalité du créateur, que ce soit au travers de « l'empreinte de la personnalité » en droit d'auteur, « l'activité inventive » en brevet ou le « caractère propre » en matière de dessins et modèles. La CJUE fait d'ailleurs toujours référence à la « *création intellectuelle propre à son auteur* »¹⁰²⁹.

B – Des biens créatifs hors du CPI ?

462. *Problématique.* La détermination de l'étendue du droit de propriété sur les biens créatifs est une question importante qui se trouve à la frontière du droit commun des biens et de la propriété intellectuelle¹⁰³⁰. Le CPI constitue-t-il l'unique source des biens créatifs ? Faut-il admettre, au contraire, que le droit commun des biens a vocation à s'appliquer aux créations innommées ? À titre liminaire, notons que l'idée d'appropriation des créations hors du CPI rappelle la célèbre proposition de loi du 10 juin 1992 sur les « créations

¹⁰²⁶ N. HEINICH, « La signature comme indicateur d'artification », *Sociétés et représentation* 2008, n° 25, p. 97, J. ICKOWICZ, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art. Une analyse juridique de l'art contemporain*, thèse Paris 1, 2009, p. 333 et s., spéc. p. 338. Selon J. ICKOWICZ, la signature remplit deux fonctions : une fonction « identitaire » et une fonction « d'identification ».

¹⁰²⁷ B. EDELMAN, « La création dans l'art contemporain », *D.* 2009, p. 38.

¹⁰²⁸ Th. REVET, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 589.

¹⁰²⁹ CJUE, 19 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08, att. 3.

¹⁰³⁰ J.-S. BERGE, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *Prop. Intell.* 2002, n° 4, p. 2, Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.

réservées »¹⁰³¹. Celle-ci prévoyait que « *les créations qui ne sont pas protégées par un des droits de propriété incorporelle relevant des livres 1, 5 et 6 du code de la propriété intellectuelle peuvent néanmoins donner naissance à un droit d'exploitation exclusif, temporaire et opposable à tous* ». Elle poursuivait en affirmant que « *sont considérées notamment comme de telles créations au sens de la présente loi : les banques de données, circuits électroniques, photographies, numérisations d'images ou de sons, résultats de calculs, savoir-faire, compilations, solutions commerciales, méthodes administratives, formes utiles, formules promotionnelles* ». Au-delà de cette proposition, les droits fondamentaux fournissent quelques éléments de réponse à cette difficile question.

463. *L'appropriation des créations hors du CPI.* En faveur de l'appropriation des créations hors du CPI, la Cour EDH a construit la notion de bien sans tenir compte des traditions nationales. Elle s'affranchit donc des conceptions nationales de la propriété. Elle considère, par exemple, que les noms de domaine constituent des biens en dépit de l'absence de reconnaissance par le législateur¹⁰³². On peut donc en déduire qu'il existe des biens créatifs hors du CPI. En outre, la jurisprudence française offre plusieurs exemples de biens immatériels appréhendés hors du CPI, à l'instar du droit à l'image des biens et, dans une certaine mesure, de l'information. Enfin, troisième argument, l'effectivité des droits fondamentaux est incompatible avec la proclamation par le législateur de « parcelles » de liberté. On voit mal pourquoi les droits fondamentaux proclameraient le droit de propriété...dont la mise en œuvre suppose l'accord du législateur. Imagine-t-on que l'exercice de la liberté d'expression soit subordonné à la consécration par le législateur de « parcelles » de liberté ? Selon ce raisonnement, la liberté de la presse existerait (depuis la loi de 1881), mais non la liberté d'expression commerciale ? Il faut plus raisonnablement conclure que le droit de propriété porte sur tous les biens créatifs ayant une valeur économique.

464. *La liberté du commerce et de l'industrie.* Mais les droits fondamentaux peuvent être également invoqués afin de justifier l'exclusion des biens créatifs innommés de la sphère du droit de propriété. Le raisonnement est le suivant : la fluidité des activités économiques est assurée grâce à l'équilibre entre le droit de propriété et la liberté du commerce et de

¹⁰³¹ Voy. les critiques de Ch. LE STANC, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste, Observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées" », *D.* 1993, chron. II, p. 4.

¹⁰³² Cour EDH, 18 septembre 2007, *Paeffgen GMBH c. Allemagne*, Req. n° 25379/04, n° 21722/05 et n° 21770/05.

l'industrie. Ces deux droits fondamentaux sont d'égale valeur¹⁰³³. Il appartient donc au législateur de concilier ces droits concurrents : ce travail est réalisé par le CPI. Lorsqu'une nouvelle valeur économique émerge, il appartient au législateur de la consacrer en tant que bien nouveau. Le juge des droits fondamentaux peut l'y inciter. Il faut donc considérer que le législateur a déjà arbitré entre le domaine des créations non couvertes par le droit de propriété et celui des créations protégeables à travers les dispositions du CPI. Contrairement aux biens matériels, une intervention législative est alors nécessaire pour faire naître un droit de propriété sur une chose incorporelle¹⁰³⁴.

465. *Le droit de la responsabilité civile.* Au-delà du droit de propriété, il peut exister enfin d'autres moyens juridiques de protéger ces valeurs économiques immatérielles, comme le contrat et la responsabilité¹⁰³⁵. Comme cela a été démontré en matière de parasitisme économique, recréer une protection des créations à côté du CPI ruine l'équilibre entre le droit de propriété et la liberté de la concurrence¹⁰³⁶. Rien ne s'oppose en revanche à la création de nouvelles catégories de créations appropriées lorsque des nouvelles valeurs se font jour. Dans ce cas, l'absence de droit privatif conduirait à déséquilibrer le rapport entre la propriété et la liberté d'entreprendre. Cela pourrait être le cas dans l'avenir pour les *business methods* ou les concepts dès lorsqu'ils sont mis en œuvre et suffisamment précis.

466. *Le cumul des droits de propriété sur le bien créatif.* En toute hypothèse, la fondamentalisation conduit à admettre le cumul des droits sur la création¹⁰³⁷. Plus exactement, différents droits de propriété intellectuelle peuvent *coexister* sur une même création¹⁰³⁸. Par exemple, le droit sur la marque de commerce et de fabrique est souvent perçu comme un droit d'occupation sans lien avec la création. Or, en réalité, l'objet de la marque peut parfois consister en une création¹⁰³⁹. En effet, elle résulte d'un travail (la recherche de la pertinence, la valorisation, le travail de la notoriété), possède une indéniable valeur économique et, enfin, constitue parfois une forme nouvelle. Le droit de marque peut donc parfaitement se cumuler avec le droit d'auteur sur une même création. Il ne peut toutefois pas exister de cumul, c'est-

¹⁰³³ Comp. J.-M. BRUGUIERE, « Propriété intellectuelle et choses communes », in J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN (Dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 39, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2011, chap. 102, où le droit de propriété est envisagé comme une exception à la liberté du commerce et de l'industrie.

¹⁰³⁴ M. VIVANT, *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 10 et s.

¹⁰³⁵ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, Biens, Droits » in *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p. 281 s. *Adde.* DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 51 et s., P. VERON, « La protection de l'information par le droit de la concurrence déloyale et parasitaire », in *L'entreprise, l'information et le droit, Cah. dr. entr.* 1988, n° 1, p. 16.

¹⁰³⁶ J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, p. 297, M. VIVANT, « An 2000 : information appropriée », in *Mélanges Burst, op. cit.*, p. 651.

à-dire de *concours*, entre le droit de marque et le droit d'auteur car les finalités de ces droits sont distinctes¹⁰⁴⁰. De même, le principe de l'unité de l'art autorise un cumul entre le droit d'auteur et le droit de dessins et modèles sur une même création.

Section 2 – L'exercice du droit

467. *L'existence et l'exercice.* Le droit de propriété sur la création résulte du travail créateur et tend à protéger la valeur économique créée. Cette conception de la propriété sur le bien créatif apparaît cohérente du point de vue des droits fondamentaux. Le travail créatif justifie l'acquisition de la propriété. La valeur économique créée justifie la protection du bien objet du droit de propriété. Les droits fondamentaux offrent dès lors une assise à l'existence du droit de propriété sur la création. L'analyse à l'aune des droits fondamentaux ne se limite cependant pas à justifier l'existence de la propriété sur la création. Les droits fondamentaux conduisent, plus largement, à remettre en cause l'exercice du droit fondamental de propriété sur la création.

468. La question de l'exercice du droit de propriété couvre un vaste domaine. Il n'est pas question d'exposer en détail les conditions d'exercice du droit de propriété, mais davantage de mettre en évidence les points en conflit avec les droits fondamentaux. Les exigences des droits fondamentaux conduisent notamment à remettre en cause des conditions traditionnelles d'exercice du droit de propriété sur la création telles que conçues par le droit français. D'une part, les droits fondamentaux élargissent le champ des titulaires du droit de propriété (§1). D'autre part, ils entraînent une certaine souplesse dans l'exercice du droit fondamental de propriété sur la création (§2).

§ 1 – Les titulaires du droit de propriété sur la création

469. *Les enjeux de la titularité du droit de propriété.* La problématique de la titularité de la propriété sur le bien créatif implique des enjeux importants quant à l'exercice du droit de

¹⁰³⁷ Voy. sur le cumul des droits de propriété intellectuelle : S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse Montpellier, 1999, *passim*, et not. n° 667 et s. A. CRUQUENAIRE et S. DUSOLLIER (Dir.), *Le cumul de droits intellectuels*, Larcier, 2009, G. LE LABOURIER-FLEURY, *Le cumul de droits de propriété intellectuelle*, thèse, Caen, 2007, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 790 et s.

¹⁰³⁸ G. LE LABOURIER-FLEURY, *Le cumul de droits de propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 818.

¹⁰³⁹ J.-P. DOAT, « La marque, création objet de droit d'auteur : portée et limites de l'application, *RLDI* 2007, n° 23, « La marque : acte de création – réflexion d'un praticien », *RLDI* 2006/18, n° 552, p. 61.

¹⁰⁴⁰ G. LE LABOURIER-FLEURY, *Le cumul de droits de propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 93 et s. et n° 124 et s. La fonction sociale des droits constitue ainsi un instrument permettant l'éviction du cumul des droits de propriété intellectuelle.

propriété. En particulier, elle concerne la question de la titularité initiale du droit de propriété. Le droit de propriété est-il attribué au commanditaire ou à l'exécutant ? Il s'agit d'une question pratique fondamentale car elle va déterminer la nécessité de la propriété par contrat. La titularité emporte également comme enjeu majeur la qualité pour agir en justice. Celle-ci dépend en effet de la titularité du droit.

470. *Le principe.* La propriété de la création appartient en principe au créateur lui-même¹⁰⁴¹. Cette affirmation découle de l'interprétation de l'article L.111-1 du CPI, qui dispose que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa* ». Le législateur consacre ainsi une approche traditionnelle de la création selon laquelle le créateur est une personne physique travaillant pour son compte. Mais cette vision romantique est dépassée. La création est le plus souvent réalisée en équipe. Il suffit de penser aux jeux vidéo, aux films de cinéma ou aux ateliers de création d'art contemporain. La création est en outre bien souvent réalisée sous l'impulsion d'une personne physique ou morale qui ne prend pas nécessairement part à la réalisation matérielle.

471. *Les personnes morales et les employeurs.* Deux problématiques particulières sont soulevées par le processus de création contemporaine. Tout d'abord, les personnes morales sont aujourd'hui au cœur de la création. En tant qu'employeur, investisseur ou simplement en tant que manifestation d'un groupe de personnes physiques, les personnes morales impulsent et exploitent la création. Les personnes morales sont des sujets de droits fondamentaux. Il faut, par conséquent, s'interroger sur la capacité des personnes morales à être titulaires du droit fondamental de propriété sur la création (I). Ensuite, la création contemporaine est bien souvent dirigée par un employeur ou un commanditaire. Celui qui réalise la création n'est pas celui qui la conçoit. Quelle place occupe le concepteur de la création face à celui qui la réalise ? Les droits fondamentaux permettent d'apporter des réponses à la question de la propriété de la création dirigée (II).

¹⁰⁴¹ POUILLET, *Traité, op. cit.*, n° 120.

I – La propriété des personnes morales

472. *La titularité originaires et la titularité dérivée.* L'attribution du droit de propriété sur les biens créatifs aux personnes morales est une question récurrente et complexe du droit de la propriété intellectuelle. Il convient de savoir si les personnes morales peuvent être titulaires des droits de propriété sur la création. La titularité dérivée (c'est-à-dire par le moyen d'une *cession*) ne pose pas de difficulté. La question de la titularité originaires de la propriété se heurte en revanche à d'importants obstacles. L'immatérialité des notions en cause (personne morale et création) cristallise en particulier les difficultés. Il convient donc, au préalable, de cerner le problème de la propriété originaires de la création par les personnes morales (**A**). Traditionnellement, la propriété de la création par les personnes morales semble impossible. Les droits fondamentaux apportent cependant des réponses novatrices à cette question (**B**).

A – Position du problème

473. *Les modalités de titularité de la propriété.* La problématique de la propriété originaires de la création par les personnes morales doit être nuancée en fonction des hypothèses d'acquisition de la propriété. Ainsi, le système juridique français envisage deux modalités d'acquisition originaires de la propriété sur une création. Le premier mode est le dépôt. Effectué auprès d'un organisme (INPI, OEB, OHMI), il permet l'attribution d'un titre de propriété au profit du déposant. Dans cette hypothèse, une personne morale peut aisément prétendre à l'attribution du droit de propriété. Il suffit qu'elle soit le déposant. Le second mode d'acquisition de la propriété s'avère en revanche plus délicat à appréhender. Il s'agit de l'hypothèse de l'attribution de la propriété du *fait de la création*. La qualité de personne morale pose dans ce cas des difficultés.

474. *Le droit d'auteur.* L'article L.111-1 du CPI prévoit l'acquisition de la propriété « *du seul fait de la création* ». La qualité de personne morale semble dans ce cas incompatible avec la qualité de créateur, car seule une personne physique peut réaliser un acte matériel de création¹⁰⁴². La Cour de cassation considère ainsi que le créateur ne peut être qu'une personne physique¹⁰⁴³. La logique personnaliste imprègne d'ailleurs l'ensemble du droit d'auteur : la durée de la propriété est basée sur la mort de l'auteur, le droit de propriété est transmis aux

¹⁰⁴² Cet argument est largement développé en doctrine : A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 143, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 239, F. de VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, 2000, n° 39.

¹⁰⁴³ Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1982, *D.* 1983, p. 71, note GREFFE, *JCP* 1983, II, 20054, note PLAISANT, Cass. com, 5 novembre 1985, *RIDA* 1986, n° 4, p. 140

héritiers et le CPI mentionne à plusieurs reprises la qualité de personne physique¹⁰⁴⁴. La logique personnaliste irrigue de même le droit des brevets. L'article L.611-6 du CPI prévoit ainsi que le droit au titre de propriété industrielle appartient « à l'inventeur ou à son ayant cause ». Selon cette logique, les personnes morales ne peuvent pas être les titulaires *ab initio* du droit de propriété sur le bien créatif.

475. La logique personnaliste de la propriété sur la création conduit également à refuser le bénéfice des droits moraux aux personnes morales¹⁰⁴⁵. Le refus de considérer les personnes morales comme destinataires du droit moral résulte du fait que le droit moral est destiné à protéger la « personnalité » de l'auteur. La titularité des droits moraux en faveur des personnes morales apparaît d'autant plus difficile qu'elle ne peut pas être envisagée par cession. Dès lors, le seul rôle des personnes morales semble réduit à celui de défenseur du droit moral des personnes physiques¹⁰⁴⁶.

476. Malgré le refus de principe d'admettre la propriété de la création par les personnes morales, il existe un certain nombre d'assouplissements. D'abord, l'article L.511-9 du CPI prévoit la propriété des dessins et modèles au profit du « déposant ». Il peut donc s'agir d'une personne morale¹⁰⁴⁷. Dans le même sens, le Conseil d'Etat admet le droit de propriété en faveur des personnes morales publiques¹⁰⁴⁸. La jurisprudence reconnaît ensuite une présomption de titularité à l'égard des tiers contrefacteurs en faveur des personnes morales qui exploitent la création, qu'il s'agisse ou non d'une œuvre collective¹⁰⁴⁹. Dès lors, en pratique, la propriété originaire de la création en faveur des personnes morales est parfois admise.

477. *Fait juridique et personnalité morale.* Plus avant, la question de la propriété de la création au profit des personnes morales conduit à interroger la *nature* même de la création. La *nature* de la création est-elle incompatible avec la personnalité morale ? Il faut tout

¹⁰⁴⁴ Articles L.113-2 al. 1, L.113-7 al. 1, L.113-8 al. 1.

¹⁰⁴⁵ La doctrine apparaît divisée quant à l'admission du droit moral en matière d'œuvre collective. Voy. parmi les auteurs défavorables : DESBOIS, *Le droits d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 691, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 143, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 693, Voy. parmi les auteurs favorables : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 250.

¹⁰⁴⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 693.

¹⁰⁴⁷ J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 739.

¹⁰⁴⁸ CE, 21 novembre 1972, « OFRATEM », *GACE* 2002, p. 105, Voy. plus généralement : C. BLAIZOT-HAZARD, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, p. 174 et s.

¹⁰⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 24 mars 1993 (2 arrêts), *RTD com.* 1995. 418, note FRANÇON. Cass. com., 20 juin 2006, *Com. com. élect.* 2006, comm. 141, note Ch. CARON, *JCP E* 2006, jur., p. 1668, note SINGH et DEBIESSÉ : « l'exploitation d'une œuvre fait présumer, à l'égard des tiers recherché pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre, qu'elle soit collective ou non, du droit de propriété incorporelle de l'auteur ».

d'abord poser clairement le problème à travers la définition de la création et de la personnalité morale. La création est un fait juridique, c'est-à-dire un fait produisant des effets de droit par lui-même. Or, les personnes morales sont parfois à l'origine de faits juridiques comme, par exemple en matière de responsabilité délictuelle¹⁰⁵⁰. Il est par conséquent concevable qu'une personne morale soit à l'origine de la création dès lors qu'elle est considérée comme un fait juridique.

B – Solution du problème

478. Les droits fondamentaux apportent des solutions aux problèmes posés par la propriété des personnes morales. En particulier, deux raisonnements, basés sur la conception de la propriété sur le bien créatif à partir des droits fondamentaux, justifient la propriété de la création en faveur des personnes morales.

479. *La titularité des droits moraux.* Dans un premier temps, les personnes morales sont des sujets des droits fondamentaux¹⁰⁵¹. Par conséquent, en tant que titulaires de droits fondamentaux, les personnes morales doivent logiquement pouvoir bénéficier du droit de propriété. La titularité des prérogatives patrimoniales des droits de propriété intellectuelle ne pose donc pas de difficulté. Celle des droits moraux pose davantage de difficulté au regard des droits fondamentaux. Lorsque les droits moraux sont assimilés au droit de propriété, leur titularité au profit des personnes morales est aisément admissible. Mais, lorsque les droits moraux sont envisagés sous l'angle des droits de la personnalité, il faut admettre au préalable la titularité du droit fondamental de la personnalité au profit des personnes morales.

480. *La « personnalité » des personnes morales.* La difficulté résulte dans la détermination de la « personnalité » des personnes morales. Pour ce faire, il est envisageable de considérer que les personnes morales empruntent leur personnalité aux personnes physiques qui la composent¹⁰⁵². Il est aussi possible d'admettre que les personnes morales ont une personnalité propre¹⁰⁵³. Pour cela, il faut admettre que la théorie des droits de la personnalité est suffisamment souple pour accueillir un « droit commun » et un « droit spécial », constitués

¹⁰⁵⁰ J.-Ch. SAINT-PAU, « Droit à réparation. Rapport entre responsabilité délictuelle et contractuelle. Différences », *J-CI Civil code*, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 2007, n° 12 et s.

¹⁰⁵¹ FAVOREU et alii., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., n° 184, F. SUDRE et alii., *Les grands arrêts de la Cour EDH*, PUF, 5^e ed., 2003, p. 756, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.

¹⁰⁵² F. FOUILLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Com. comm. électr.* 2008, étude 24.

¹⁰⁵³ Voy. pour le refus d'étendre aux personnes morales les droits de la personnalité : P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 445.

des prérogatives propres aux personnes morales¹⁰⁵⁴. La détermination des caractéristiques propres de la personnalité morale suppose de prendre en compte la « personnalité fonctionnelle » des personnes morales, c'est-à-dire leurs finalités¹⁰⁵⁵. Une de celles-ci peut alors parfaitement être de *créer des œuvres* (ce qui sera le plus souvent le cas des entreprises de la culture et des médias). L'objet du droit moral (la protection du lien entre l'œuvre et l'auteur) coïncide alors parfaitement avec la « personnalité fonctionnelle » des personnes morales en question. Il semble donc logique que les personnes morales, ayant pour objet de créer des œuvres, puissent bénéficier d'un *lien* les unissant à elles.

481. *La personne morale et l'acte de création.* Ce raisonnement basé sur l'admission de la titularité des droits de propriété par les personnes morales est cependant insuffisant. Certes, les personnes morales sont des sujets de droits fondamentaux. Cela n'explique pas pour autant pourquoi les personnes morales seraient titulaires de droits fondamentaux sur la création. La recherche d'une explication à la propriété des personnes morales suppose d'observer la notion de création telle que définie sous l'empire des droits fondamentaux.

482. *L'investissement et la valeur économique.* Au sens du droit de propriété des droits fondamentaux, la création est le fruit d'un travail et comporte une valeur économique. À l'instar du droit de la *common law*¹⁰⁵⁶, cette conception de la création invite à éluder la conception « matérielle » de la création. L'acte matériel de création n'occupe pas en lui-même la place centrale de la propriété sur la création. La valeur protégée par les droits fondamentaux se situe à la fois en amont en aval de l'acte de création. En amont, il s'agit alors de protéger l'investissement et l'impulsion de la création par le travail. En aval, elle correspond à la valorisation économique du résultat de la création. La dichotomie entre la réalisation matérielle et la réalisation intellectuelle laisse donc une place à la propriété en faveur des personnes morales. Il est donc logique que la propriété bénéficie à celui qui donne l'impulsion à la création, en l'occurrence aux personnes morales.

483. *La théorie de la fiction et la théorie de la réalité.* Ce raisonnement basé sur le travail réalisé par la personne morale conduit à interroger la *nature* de la personnalité morale. Admettre la propriété de la création par une personne morale conduit en particulier à trancher

¹⁰⁵⁴ L. DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. Soc.* 2006, p. 1.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ P. JASZI, « La qualité d'auteur et les nouvelles technologies du point de vue de la tradition de la Common law », *Colloque de l'OMPI sur l'avenir des droits d'auteur et des droits voisins*, Publication OMPI, 1996, p. 61.

l'opposition classique entre la *théorie de la fiction* et la *théorie de la réalité*¹⁰⁵⁷. La première suppose qu'elles sont des créations artificielles du législateur afin de fluidifier les relations juridiques. Par conséquent, il n'appartient qu'au législateur de faire produire des effets de droit à cette fiction. Cette conception supposerait alors que la titularité du droit de propriété sur le bien créatif soit expressément prévu par le législateur. En revanche, la *théorie de la réalité* suppose que les personnes morales sont des entités dont l'existence est constatée. Elles sont alors perçues comme une réalité sociale par opposition à la réalité physique. Elle existent donc indépendamment de la volonté du législateur. Admettre le droit de propriété sur le bien créatif en faveur des personnes morales suppose de se ranger à la seconde conception de la personnalité morale. On considère alors qu'elles sont à l'origine du fait juridique de la création.

484. En toutes hypothèses, soit la création est matériellement réalisée par un groupe de personnes physiques constituant une personne morale, alors la propriété doit logiquement appartenir au groupe, c'est-à-dire à la personne morale. Soit la création est réalisée à partir de l'impulsion donnée par la personne morale, alors la propriété doit également lui revenir. La réalité de la vie des affaires milite en faveur de la propriété des personnes morales. La personne morale se trouve au centre du processus de création : les personnes physiques créatrices sont rassemblées autour d'elles et le financement et la valorisation de la création sont réalisés grâce à elles à travers les réseaux de distribution ou les société de gestion collective. La notion de création telle que définie sous l'empire des droits fondamentaux autorise dès lors à généraliser la titularité de la propriété sur la création en faveur des personnes morales.

II – La création dirigée

485. *La tension entre la logique personnaliste et la logique industrielle : propriété, travail et commande.* La création dirigée, dénommée encore création « de dépendance »¹⁰⁵⁸, fait référence aux situations dans lesquelles une personne physique ou morale demande ou ordonne la réalisation d'une création à une autre. La question de la propriété de la création dirigée est difficile et soulève d'intenses débats. Elle soulève en particulier le problème de

¹⁰⁵⁷ *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et droit international public*, travaux de recherche de l'Institut de droit comparé de Paris, LGDJ, 1960, *passim*.

¹⁰⁵⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 258. La notion de « création de dépendance » nous semble toutefois plus large que l'hypothèse de « création dirigée », englobant notamment les cas où les créateurs travaillent ensemble, et que l'existence des créations dépende les unes des autres, à l'instar de l'œuvre de collaboration.

l'attribution du droit de propriété. La propriété doit-elle être attribuée à celui qui demande la réalisation de la création ou bien à celui qui réalise la création ? L'interrogation se situe à la frontière entre le droit de propriété, le droit du travail et le droit des contrats¹⁰⁵⁹. Cette question focalise en particulier les tensions entre la logique personnaliste et la logique économique¹⁰⁶⁰. Or, ces deux logiques irriguent le droit de propriété sur le bien créatif. Il convient par conséquent de positionner le problème en tenant compte de la double origine, personnaliste et économique, du droit de propriété sur le bien créatif (A). Nous observerons ensuite que les droits fondamentaux remettent en cause les solutions du droit positif (B).

A – Position du problème

486. *La liberté du créateur.* La création dirigée ne doit pas être confondue avec l'hypothèse de la création ne laissant aucun espace de liberté au créateur. Dans ce dernier cas, la personne qui réalise la création n'est qu'un exécutant qui ne peut pas prétendre à la qualité de créateur. En revanche, la création dirigée suppose une certaine marge de liberté au profit du travailleur intellectuel. Le plus souvent, la création dirigée a lieu dans une relation contractuelle bien établie, comme un contrat de travail ou un contrat de commande. Dans ces cas, la personne qui réalise la création bénéficie d'une certaine marge de liberté. Par exemple, le salarié et le fonctionnaire, bien que liés par un lien de subordination, jouissent d'une certaine marge de manœuvre pour la réalisation d'une création. Le commandité bénéficie de même d'une certaine liberté de création dans le cadre du contrat de commande.

487. *Le « créateur dirigeant » et le « créateur dirigé ».* La création dirigée met en scène deux types de créateurs selon le degré d'implication dans le processus de création. D'une part, le créateur est d'abord celui qui réalise concrètement la création avec un certain degré de liberté. Il s'agit du « créateur-maître d'œuvre »¹⁰⁶¹ ou du « créateur dirigé ». Par exemple, le salarié qui réalise une création avec un certain degré de liberté est un créateur dirigé. La direction de la création signifie que ce créateur n'aurait pas réalisé la création sans l'impulsion d'un second créateur, le créateur dirigeant. Il s'agit ainsi du « créateur-maître de

¹⁰⁵⁹ L. DRAI, « La logique du droit du travail versus la logique du droit de la propriété intellectuelle » in *Créations et inventions de salariés. Rompre avec les schémas reçus...*, Litec, 2010, p. 145 et s., L. FIN-LANGER, « Les statuts de salariés et de créateur sont-ils compatibles ? », *Dr. et patr.* 2006, p. 147.

¹⁰⁶⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « Propriété intellectuelle et travail salarié », *RTD Com.* 2000, p. 273, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 201, L. DRAI, « La logique du droit du travail versus la logique du droit de la propriété intellectuelle » in *Créations et inventions de salariés. Rompre avec les schémas reçus...*, Litec, 2010, p. 109, B. HUMBLOT, « De l'indépendance du créateur en droit d'auteur », *RIDA* 2004, n° 199, p. 3.

¹⁰⁶¹ Voy. pour l'utilisation de cette expression : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 231, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 333.

l'ouvrage ». La notion de « créateur dirigeant » n'est d'ailleurs pas inconnue en droit des propriétés intellectuelles. En effet, les droits voisins du droit d'auteur consacrent dans une certaine mesure un droit de propriété en faveur des créateurs dirigeants¹⁰⁶².

488. *Opposition de logique.* Selon la logique personnaliste de la propriété sur la création, la titularité du droit doit revenir au créateur dirigé. En effet, la personne qui réalise matériellement la création par son travail doit en acquérir la propriété. En revanche, la logique d'investissement suppose que le créateur-maître de l'ouvrage reçoive la propriété de la création. Dans cette logique, la valeur créée trouve son origine dans l'action du créateur dirigeant.

B – Solutions apportées

489. Le système juridique français propose deux systèmes d'attribution de la propriété en matière de création dirigée. Selon une approche personnaliste classique, la propriété de la création est attribuée au créateur subordonné (1). Puis, selon une approche économique, une quasi-propriété de la création est attribuée au créateur dirigeant (2).

1 – La propriété du créateur dirigé

490. *Le travail créatif.* Selon la conception de la propriété que nous avons développée, l'origine de la propriété réside dans le *travail créatif*, nécessairement réalisé par le créateur dirigé lui-même. Admettre que le créateur dirigeant réalise le travail créatif signifierait que le créateur dirigé n'a bénéficié d'aucune marge de liberté¹⁰⁶³. Un créateur sans liberté ne serait alors qu'un simple exécutant. Ainsi, par exemple, l'article L.511-4 al. 2 du CPI prévoit à cet égard, en matière de dessins et modèles, qu'il est tenu compte de la « *liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle* » pour l'appréciation du caractère propre, condition de constitution du droit de propriété.

491. *Le principe général d'attribution de la propriété au créateur subordonné.* Par principe, la propriété de la création est attribuée au créateur subordonné. Ainsi, en matière de droit d'auteur, l'article L.111-1 al. 3 du CPI prévoit ainsi que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune*

¹⁰⁶² Le Code de la propriété intellectuelle prévoit toutefois une séparation stricte entre les droits voisins et les droits d'auteur. En vertu de l'article L. 211-1, les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits d'auteur.

¹⁰⁶³ C. DRUEZ, *Le droit d'auteur des salariés*, thèse, Paris II, 1984, p. 36, F. POLLAUD-DULIAN, « Propriété intellectuelle et travail salarié », *op. cit.*

dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1 ». Cette solution est applicable aux différentes situations de création dirigée, notamment au contrat de travail et au contrat de commande. La jurisprudence exige donc une cession « *délimitée quant à son étendue et à sa destination* » des droits patrimoniaux afin de céder le droit de propriété au créateur dirigeant¹⁰⁶⁴. Dans le même sens, l'article L.611-6 du CPI prévoit en matière de brevet que « *le droit au titre de propriété industrielle mentionné à l'article L.611-1 appartient à l'auteur ou à son ayant cause* »¹⁰⁶⁵. La CJUE affirme de même, au sujet des dessins et modèles communautaires, que la création appartient à la personne du créateur et non au commanditaire. Elle précise en effet la portée de la législation européenne en prévoyant que « *l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 6/2002 doit être interprété en ce sens que le droit au dessin ou modèle communautaire appartient au créateur, à moins qu'il n'ait été transféré au moyen d'un contrat à son ayant droit* »¹⁰⁶⁶.

492. *Une exception au principe général de cession des fruits du travail subordonné ?* Par opposition aux dispositions du CPI, la Cour de cassation a considéré qu'un bien issu du travail d'un salarié est la propriété de son employeur¹⁰⁶⁷. L'affaire est connue : un salarié avait réalisé un projet de borne informatique de station d'épuration. Il proposa ce projet au client de son employeur sous son propre nom. Au terme d'une action en abus de confiance, la Cour de cassation décide que le projet de borne informatique est « *dès sa réalisation* », la propriété de son employeur. Cette décision est, selon M. Revet, une application de la règle *is quid fecit* dans la mesure où l'employeur est le locataire de la force de travail¹⁰⁶⁸. Selon ce raisonnement, les dispositions du CPI constitueraient en réalité des exceptions à ce principe. La question est au demeurant difficile à trancher car ce bien créatif n'a pas son siège dans le CPI.

2 – La propriété d'emprunt du créateur dirigeant

493. *La valeur de la création.* En tant que mode d'acquisition de la propriété, le travail créatif légitime incontestablement la propriété du créateur dirigé. En contrepoint, le bien

¹⁰⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1992, *JCP E* 1993, I, 246, obs. M. VIVANT et A. LUCAS.

¹⁰⁶⁵ Voy. pour une application aux inventions de stagiaire l'affaire « *Dr. Puech* » : CE, 22 février 2010, *AJDA*, p. 412.

¹⁰⁶⁶ CJUE, 2 juillet 2009, *FEIA*, C-32/08, cons. 49, 65 et 82.

¹⁰⁶⁷ Cass. crim., 22 septembre 2004, *D.* 2005, p. 411, note B. DE LAMY, *D.* 2005, p. 961, note J. RAYNARD, *RTD Civ.* 2005, p. 164, note Th. REVET.

¹⁰⁶⁸ Th. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », note sous Cass. crim., 22 septembre 2004, *RTD Civ.* 2005, p. 164.

créatif est en bien en raison de sa valeur économique. La constitution de la valeur économique de la création dépend justement, en grande partie, de l'action du créateur dirigeant. Une création de salarié entre dans le commerce grâce à l'employeur. Elle est de même valorisée à travers l'utilisation qui en est faite par l'entreprise qui l'a commandée. Il paraît alors logique que le créateur dirigeant puisse exercer la propriété de la création.

494. *Le système du work made for hire.* Il existe deux moyens d'attribuer la propriété au profit du créateur dirigeant. Il est tout d'abord concevable, de manière radicale, de faire naître la propriété sur la tête du créateur dirigeant. Il s'agit du modèle américain du *work made for hire*, qui prévoit une propriété originaire au profit du créateur dirigeant en cas de création réalisée par un subordonné¹⁰⁶⁹. Le système juridique français connaît également, de manière exceptionnelle, différents systèmes de *work made for hire*. Ainsi, la propriété d'une œuvre collective appartient à celui qui en est à l'initiative en vertu de l'article L.113-2 du CPI¹⁰⁷⁰. Ce système se rapproche du *work made for hire* dans la mesure où le créateur dirigeant (celui qui a pris l'initiative de la création) bénéficie du droit de propriété sur la création. De même, l'article 14 al. 3 du Règlement européen du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires (RDMC) prévoit la propriété en faveur de l'employeur lorsque le salarié a réalisé le dessin ou modèle. Le RDMC prévoit que « *lorsqu'un dessin ou modèle est réalisé par un salarié dans l'exercice de ses obligations ou suivant les instructions de son employeur, le droit au dessin ou modèle appartient à l'employeur, sauf convention contraire ou sauf disposition contraire de la législation nationale applicable* ». Le vocabulaire employé par le RDMC (« appartient ») vise clairement le droit de propriété du créateur dirigeant. Cette solution était d'ailleurs déjà admise par la jurisprudence française¹⁰⁷¹.

495. *Le système de la cession implicite.* Un second mode d'attribution du droit de propriété au profit du créateur dirigeant existe dans de nombreux droits. Il s'agit du système de la cession implicite du droit de propriété au profit du créateur dirigeant. Ce mécanisme est notamment prévu en faveur de l'Etat en matière de création de fonctionnaires par l'article L. 131-3-1 du CPI¹⁰⁷². Ce texte prévoit en effet que « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée*

¹⁰⁶⁹ Article 101 du Copyright Act de 1976.

¹⁰⁷⁰ J. GINSBURG, « L'exploitation internationale de l'œuvre audiovisuelle : France/Etat-Unis », *JCP G* 1994, I, 3734.

¹⁰⁷¹ F. et P.-B. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, *op. cit.*, n° 1221.

¹⁰⁷² Ce texte est issu de la réforme du 1^{er} août 2006 confirme la solution de l'avis du Conseil d'Etat de 1972 (CE, 21 novembre 1972, « OFRATEM », *op. cit.*).

par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat ». Le régime des créations de fonctionnaires respecte donc le principe d'attribution originaire de la propriété au créateur dirigé, mais attribue aussitôt le droit de propriété au créateur dirigeant. Dans le même sens, la réforme du 12 juin 2009 a introduit un régime de cession implicite au profit des entreprises de presse sur les créations de journaliste. L'article L.132-38 du CPI prévoit depuis que « *la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé au sens des articles L. 7111-3 et suivants du code du travail, qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées* ». Il s'agit ici encore d'un système de cession implicite en faveur du créateur dirigeant, en l'espèce l'entreprise de presse. Le régime des inventions brevetables de salarié est également analysé comme un système de cession implicite au profit du créateur dirigeant. L'article L.611-7 al. 1 du CPI prévoit en effet que les « inventions de mission » appartiennent à l'employeur en contrepartie d'une rémunération supplémentaire. La transmission forcée de la propriété au profit du créateur dirigeant s'explique essentiellement pour des motifs économiques. De même, ses motifs justifient également que le droit de propriété des créateurs salariés de logiciels soit « dévolu » à l'employeur en vertu de l'article L.113-9 du CPI.

496. *Le contrat de commande pour la publicité.* La cession automatique de la propriété au créateur dirigeant ne concerne pas seulement la création salariée. En vertu de l'article L.132-31 du CPI, la propriété d'une création publicitaire est ainsi transmise automatiquement au producteur par l'effet du contrat de commande pour la publicité. Le contrat de commande autre que pour la publicité n'implique, en revanche, aucune cession automatique. La jurisprudence a toutefois mis en place un régime plus souple de transmission de la propriété, en particulier à travers un assouplissement du formalisme contractuel¹⁰⁷³.

497. *Un droit de propriété d'emprunt.* En toute hypothèse, la propriété du créateur dirigeant demeure une propriété d'emprunt dans la mesure où, en droit français, le principe demeure celui de l'attribution du droit de propriété au créateur dirigé. Les hypothèses de cession implicite demeurent l'exception. De plus, le droit moral est, en toutes hypothèses, intransmissible. En définitive, la distinction entre la propriété originaire des créateurs dirigés

¹⁰⁷³ A. SINGH et G. CORMAN, « Contrat de commande d'œuvre : incertitude sur les conditions de formes de la cession des droits d'auteur », *LPA* 19 novembre 2003, n° 231, p. 5.

et la propriété d'emprunt des créateurs dirigeants respecte la philosophie des droits fondamentaux. La recherche de la logique économique suppose, dès lors, de faciliter la transmission de la propriété au profit du créateur dirigeant. L'assouplissement du formaliste protecteur et de l'interdiction de cession des œuvres futures permettent en particulier de mieux assurer la transmission de la propriété du créateur dirigé au créateur dirigeant¹⁰⁷⁴.

§ 2 – La relativité du droit de propriété sur la création

498. *Les modalités de limitation et le noyau dur des droits fondamentaux.* Par principe, les droits fondamentaux sont relatifs¹⁰⁷⁵. Cette qualité est consubstantielle aux droits fondamentaux. En effet, à l'exception de certains droits absolus comme le droit à la vie et le droit à la dignité, la protection de l'intérêt général et des droits d'autrui autorise la restriction des droits fondamentaux. Le droit de propriété du créateur n'échappe pas à ce principe de relativité¹⁰⁷⁶. L'absolutisme est pourtant une qualité souvent attachée au droit de propriété¹⁰⁷⁷. Elle résulte notamment des formulations employées par les textes. L'article 17 de la DDH prévoit que le droit de propriété est un droit inviolable et sacré et que « *nul ne peut en être privé* ». L'article 544 du C. civ. énonce dans le même sens que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* ». L'absolutisme se conçoit toutefois uniquement dans le *rapport* de propriété entre la personne et le bien. Entendu ainsi, l'absolutisme ne signifie pas l'absence de limites. L'article 544 du C. civ. précise d'ailleurs que le droit de propriété consiste à jouir et à disposer des choses de la manière la plus absolue « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». La relativité du droit de propriété de la création signifie que différentes modalités de limitation sont admises par les droits fondamentaux **(I)** et que ces modalités sont strictement encadrées afin de respecter le noyau dur du droit de propriété sur le bien créatif **(II)**.

I – Les modalités de limitation

499. L'exercice du droit de propriété sur le bien créatif est limité selon deux modalités. Il peut s'agir soit d'une *privation* **(A)**, soit d'une *réglementation* **(B)** du droit de propriété,

¹⁰⁷⁴ A. LUCAS, « Les créations de salariés : présent et avenir », in *Créations et inventions de salariés. Rompre avec les schémas reçus...*, Litec, coll. IRPI, 2010, p. 21.

¹⁰⁷⁵ Voy. les différents formes de relativité des droits fondamentaux : E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.

¹⁰⁷⁶ Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150.

¹⁰⁷⁷ BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts, 1896, n° 200, J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », in *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373.

sachant qu'une indemnité est nécessaire en cas de privation, mais par contre qu'elle ne l'est pas en matière de réglementation¹⁰⁷⁸.

A – La privation de la propriété sur le bien créatif

500. Toute privation du droit de propriété suppose par principe une rémunération. Elles seraient, à défaut, réalisées en contravention aux droits fondamentaux. Il convient donc de déterminer les hypothèses de privation du droit de propriété sur le bien créatif (1), afin d'évaluer leur fondamentalité au regard de l'exigence de juste et préalable rémunération (2).

1 – Les hypothèses de privation

501. *La privation des prérogatives du propriétaire.* La privation du droit de propriété sur le bien créatif signifie que les prérogatives du propriétaire sont transmises à autrui, personne privée ou publique. La privation signifie la suppression de tous les attributs de la propriété du créateur. La privation des attributs du droit de propriété sur le bien créatif est aisément concevable s'agissant des prérogatives patrimoniales. En revanche, la privation des prérogatives morales semble difficile en l'état du droit positif. S'agissant des prérogatives patrimoniales, les hypothèses de privation du droit de propriété sont peu nombreuses. Elles consistent en la privation de l'ensemble des prérogatives du droit de propriété (droit de reproduction, droit d'exploitation, droit de suite, etc...) et non seulement de certaines d'entre elles. Par exemple, l'attribution du droit de propriété à l'employeur conduit à une privation totale du droit de propriété du créateur. Celui-ci ne peut plus, en effet, exercer aucune des prérogatives du propriétaire. Il ne peut ni céder ni transformer le bien créatif.

502. Mais, la plupart des hypothèses de privation totale du droit de propriété sur la création se situent à la limite de l'existence du droit de propriété. La difficulté résulte du fait que l'absence de droit de propriété ne doit pas être confondue avec la privation du droit de propriété. En particulier, deux hypothèses se situent à la frontière entre la privation de propriété et l'absence de propriété. Ainsi, la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs prive de protection les titulaires du droit de propriété de dessins et modèles (article L.511-7 du CPI) et de brevets (article L.611-17 du CPI). De même, la question de l'entrée d'une création dans le domaine public pourrait également s'analyser en une privation du droit de propriété.

¹⁰⁷⁸ J. TREMEAU, « Propriété – fondement constitutionnel du droit de propriété », *JCl. Civil Code*, art. 544, fasc. 20, 2009, n° 122.

Toutefois, l'entrée dans le domaine public s'analyse davantage comme une *absence de propriété*, plutôt qu'en une privation du droit de propriété¹⁰⁷⁹.

503. *La relativité des droits moraux.* Ensuite, le principe même de privation du droit de propriété du créateur se heurte aux droits moraux du créateur. Par principe, en vertu de l'article L.121-1 du CPI, le droit moral est en effet « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ». Les prérogatives du droit moral semblent dès lors absolues. Mais, quelle que soit la nature des droits moraux (droit de propriété, droit de la personnalité) et en dépit de la formulation de l'article L.121-1 du CPI, les droits moraux devraient être considérés comme des droits relatifs¹⁰⁸⁰. S'agissant de droits fondamentaux, ils sont nécessairement relatifs¹⁰⁸¹. L'intangibilité des droits moraux est excessive au regard de la théorie des droits fondamentaux. Pourquoi les droits de la personnalité seraient-ils relatifs, à l'exception des droits moraux ? La relativité des droits moraux est d'ailleurs prise en compte par la jurisprudence. Ainsi, s'agissant du droit moral de l'architecte, la Cour de cassation impose de rechercher si la « *nature et l'importance* » des « *modifications réalisées avaient ou non excédé ce qui était strictement nécessaire et étaient ou non disproportionnées au but poursuivi* »¹⁰⁸². Par conséquent, des modifications de faible ampleur du bâtiment, constituant une atteinte au droit moral de l'architecte, sont justifiées par une appréciation *in concreto*. De même, la Cour de cassation admet que la liberté de création justifie une atteinte aux droits moraux des héritiers de Victor Hugo¹⁰⁸³. En définitive, l'application de la théorie des droits fondamentaux aboutit donc à la même conclusion que le recours à la théorie de l'abus de droit¹⁰⁸⁴ : les droits moraux doivent pouvoir faire l'objet de limitations.

2 – L'exigence de juste et préalable indemnité

504. Les droits fondamentaux autorisent la privation du droit de propriété dans la mesure où, en contrepartie, une « *juste et préalable indemnité* » est accordée au titulaire. L'attribution d'une rémunération supplémentaire est en principe prévue pour l'ensemble des créateurs dirigés. La rémunération supplémentaire est rendue nécessaire dans la mesure où l'article 17 de la DDH impose une « *juste et préalable indemnité* » en cas d'atteinte au droit de propriété.

¹⁰⁷⁹ A. CHEYNET DE BEAUPRE, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G* 2005, I, 144.

¹⁰⁸⁰ SAVATIER, « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP* 1957, doctr., n° 1398, n° 43, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 197.

¹⁰⁸¹ F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780, n° 24 et s.

¹⁰⁸² Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 75, note Ch. CARON, au sujet d'une limitation du droit au respect de l'œuvre.

¹⁰⁸³ Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, « *Les misérables* », *op. cit.*

¹⁰⁸⁴ PLAISANT, « Les conventions relatives au droit moral de l'auteur », in *Mélanges Desbois*, Dalloz, 1974, p. 63, spéc. p. 72.

Par exemple, l'attribution des droits de l'inventeur au profit de l'employeur est réalisée en contrepartie d'une rémunération. L'article L.611-7,1° du CPI prévoit en effet une « *rémunération supplémentaire* » en faveur du salarié créateur d'une invention de mission. Celle-ci peut en effet s'analyser comme une « juste et préalable indemnité ». En toute hypothèse, l'indemnité doit exister. Par conséquent, les privations du droit de propriété du bien créatif, réalisées sans contrepartie financière, doivent être regardées comme inconstitutionnelles¹⁰⁸⁵. Le Conseil constitutionnel relève ainsi logiquement que la mise en œuvre du « droit à l'interopérabilité » suppose une indemnisation des titulaires de droit d'auteur ou de droit sur les mesures techniques¹⁰⁸⁶.

505. *Les créateurs salariés de logiciels.* En revanche, un cas de privation du droit de propriété sur le bien créatif ne donne pas lieu à une « *juste et préalable indemnité* ». Il s'agit du cas des créateurs salariés de logiciels. La cession automatique au profit de l'employeur est en effet prévue sans contrepartie financière. L'article L.113-9 du CPI prévoit en effet que « *les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer* ». Il s'agit d'une hypothèse de cession implicite du droit de propriété au créateur dirigeant. Cependant, à la différence des « inventions de mission », aucune rémunération supplémentaire n'est prévue. Dès lors, la conformité de l'article L.113-9 du CPI avec les droits fondamentaux est douteuse¹⁰⁸⁷.

506. *Une indemnité préalable.* De plus, l'indemnité doit être préalable. Par conséquent, les indemnités qui seraient postérieures au transfert du droit de propriété seraient contraires à la Constitution. En ce sens, l'expropriation du droit du breveté pour les besoins de la Défense nationale prévue par l'article L.613-20 du CPI paraît contraire à la Constitution. En effet, le décret d'application du 18 octobre 1969 prévoit que le titulaire doit faire part de « *ses prétentions* » au Ministre. Partant, l'indemnisation a lieu après l'expropriation, ce qui crée un doute quant à la constitutionnalité de cette disposition¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ J. TREMEAU, « Droit de propriété », *JCl Libertés*, *op. cit.*, n° 109.

¹⁰⁸⁶ Cons. const., 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 41.

¹⁰⁸⁷ Ph GAUDRAT, « Droits moraux. Théorie générale du droit moral », *JCl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1210, 2001, n° 19, M. ABELLO et J. TASSI, « L'employé auteur de logiciel et les droits fondamentaux : une question prioritaire de constitutionnalité d'avenir ? », *Com. com. élect.* 2011, étude 8.

¹⁰⁸⁸ C. BLAIZOT-HAZARD, « Propriété intellectuelle des personnes publiques », *JCl. Administratif*, fasc. 410, 2005, n° 22.

507. *La nécessité publique.* Les textes fondamentaux prévoient une contrepartie financière en cas de privation du droit de propriété pour « *cause d'utilité publique* »¹⁰⁸⁹. Cela signifie que la « juste et préalable indemnité » ne s'impose que dans cette hypothèse. *A contrario*, les privations qui seraient fondées sur une cause d'utilité privée ne nécessiteraient pas une telle indemnité. La définition de l'utilité publique prête cependant à confusion. En particulier, les droits fondamentaux d'autrui constituent-ils des causes d'utilité publique ? On peut en douter. Ainsi, par exemple, les exceptions au droit d'auteur fondées sur la protection de la vie privée (exception de copie privée) ou la liberté d'entreprendre (exception d'interopérabilité) ne semblent pas justifiées par une cause d'utilité publique¹⁰⁹⁰. Relevons pourtant que les causes d'expropriation pour « utilité privée » existent dans notre droit¹⁰⁹¹. Il s'agit par exemple de l'accession ou de l'usucapion. Relevons toutefois que le respect des droits fondamentaux d'autrui constitue pourtant bien, selon nous, une « *cause d'utilité publique* ». Le respect des droits fondamentaux d'autrui participe en effet de l'intérêt général poursuivi par un Etat de droit. La notion d'utilité publique ne doit pas être limitée à la satisfaction des intérêts de l'Etat ou des collectivités locales¹⁰⁹². La Cour EDH retient d'ailleurs une conception large de la condition de nécessité publique. Selon elle, la nécessité publique correspond à la mise en œuvre d'une « *politique légitime – d'ordre social, économique ou autre* »¹⁰⁹³. Elle ajoute qu'il existe une cause d'utilité publique même si « *la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien* ». C'est le cas par exemple lorsque l'employeur est le bénéficiaire de la privation du droit de propriété. Il faut donc convenir que la privation du droit de propriété, fondée sur les droits fondamentaux des employeurs, doit être compensée par une juste et préalable indemnité.

508. *L'interopérabilité.* La nécessité d'une juste et préalable indemnité a conduit le Conseil constitutionnel à censurer notamment l'article 14 de la Loi de transposition de la Directive du 22 mai 2001. Le texte prévoyait que l'Autorité de régulation des mesures techniques pouvait ordonner la communication d'informations essentielles à l'interopérabilité entre les logiciels. Cette opération constituant une atteinte aux titulaires de droits sur les mesures techniques, le

¹⁰⁸⁹ L'article 17 de la Déclaration de 1789 vise « *la nécessité publique* ». L'article 1 protocole n° 1 de la Convention EDH vise la « *cause d'utilité publique* ». L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux fait référence à la « *cause d'utilité publique* ».

¹⁰⁹⁰ J.-M. BRUGUIERE, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. com. électr.* 2007, étude 3, Ch. CARON, « La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel », *Comm. com. électr.* 2006, comm. 140.

¹⁰⁹¹ A. CHEYNET DE BEAUPRE, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G* 2005, I, 144. Rappr. un jugement deu TGI de Paris a analysé les exceptions au droit d'auteur en tant « qu'expropriation pour cause d'utilité privée » (TGI Paris, 30 sept. 1983, *D.* 1984. Somm. 290, obs. COLOMBET).

¹⁰⁹² C. CHAMARD-HEIM, « Droit de propriété », *JCl. Libertés*, fas. 710, 2011, n° 107.

¹⁰⁹³ Cour EDH, 26 février 1986, *James c. RU*, Req. n° 8793/79, § 45.

Conseil constitutionnel considère, en application de l'article 17 de la Déclaration de 1789, qu'une indemnisation était nécessaire¹⁰⁹⁴. Il considère ainsi « *qu'à défaut de consentement de ces derniers à la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, cette communication devra entraîner leur indemnisation* ». Il constate ensuite « *que, dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789* ».

509. *La compensation en matière d'exceptions au droit d'auteur.* La question de la juste et préalable indemnité se pose également en matière d'exception au droit de propriété prévu par le législateur. Elles sont bien connues en matière de droit d'auteur. Elles ont en effet leur siège dans l'article L.122-5 du CPI. En vertu du principe constitutionnel de protection du droit de propriété, il est nécessaire qu'elles soient compensées par une juste et préalable indemnité. C'est justement ce que prévoit le considérant 35 de la directive du 22 mai 2001. Ce texte dispose logiquement que « *dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés* » (souligné par nous). Cette « *compensation équitable* » s'analyse ainsi en une forme de « juste et préalable indemnité ». Par exemple, la rémunération pour copie privée peut s'analyser comme une telle indemnité. Une analyse plus fine de l'article L.122-5 du CPI indique toutefois que ces exceptions ne constituent pas des « privations » du droit de propriété sur le bien créatif. Elles ne suppriment pas, en effet, toutes les prérogatives de l'auteur. Par conséquent, une indemnité n'est pas systématiquement nécessaire.

B – La réglementation de la propriété sur le bien créatif

510. La « réglementation » de la propriété sur le bien créatif correspond aux hypothèses de restriction du droit de propriété sans suppression de l'ensemble des prérogatives du propriétaire¹⁰⁹⁵. Il s'agit en particulier des cas où une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété sont soustraites au titulaire. Une réglementation n'exige pas de « juste et préalable indemnité », qui est réservée aux hypothèses de privation du droit de propriété. Les cas de réglementation du droit de propriété sont très variés. Par exemple, certaines prérogatives du droit de propriété ne s'exercent que de façon collective et constituent donc *de facto* des

¹⁰⁹⁴ Cons. cons., 27 juillet 2006, 2006-540 DC, cons. 41.

¹⁰⁹⁵ FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 271, J. TREMEAU, « Propriété – fondement constitutionnel du droit de propriété », *JCl Civil Code*, op. cit., n° 45 et s.

hypothèses de réglementation¹⁰⁹⁶. De même, une interdiction d'exportation d'une œuvre d'art s'analyse en une réglementation du droit de propriété matérielle et immatérielle¹⁰⁹⁷.

511. La délimitation des hypothèses de réglementation est assez floue. D'une façon générale, les frontières des droits de la propriété intellectuelle sont floues. La difficulté principale réside dans la distinction entre la situation d'*absence* de propriété et les cas de réglementation du droit de propriété. Il n'y a pas de réglementation (ni de privation) lorsque le droit de propriété n'existe pas. La difficulté de tracer la frontière entre l'absence de propriété et la réglementation du droit de propriété est manifeste en matière d'exceptions au droit d'auteur. La nature des exceptions au droit de propriété d'auteur demeure controversée. Ces exceptions peuvent être analysées en tant que *limites* au droit de propriété¹⁰⁹⁸. Elles signifient alors que le droit de propriété n'existe pas dans ces hypothèses. Au contraire, elles peuvent être analysées en tant que véritables exceptions, c'est-à-dire en tant que situations où le droit de propriété est suspendu¹⁰⁹⁹.

512. Les droits fondamentaux n'exigent pas de « juste et préalable indemnité » en cas de réglementation du droit de propriété¹¹⁰⁰. Pourtant, certaines hypothèses de réglementation prévoient des contreparties. Ainsi, l'article L.311-1 du CPI admet un « *droit à rémunération* » en contrepartie de l'exception de copie privée. L'article 5, §2, b) de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 impose également une « *compensation équitable* » en contrepartie de la mise en œuvre de l'exception de copie privée¹¹⁰¹. De même, l'article L.214-1 CPI prévoit un « droit à rémunération » en matière de licence obligatoire de phonogramme publié à des fins de commerce. Dans la mesure où il s'agit de réglementation, et non de privation, ces contreparties financières ne s'analysent pas en tant que « juste et préalable indemnité ». Il

¹⁰⁹⁶ F. SIIRIAINEN, « Théorie générale de la gestion collective. Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective. Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective », *JCl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1552., 2006, n° 32 : l'auteur analyse ces hypothèses de réglementation en les qualifiant de droit exclusif à exercice collectif par nature.

¹⁰⁹⁷ A. BERNARD, « Estimer l'inestimable. Ou de l'indemnisation du propriétaire d'une œuvre d'art interdite d'exportation », *RTD Civ.* 1995, p. 271.

¹⁰⁹⁸ Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 882 et s.

¹⁰⁹⁹ S'agissant de l'exception de copie privée, la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une exception et non d'une limite : Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, « *UFC-Que choisir* », *RLDI* 2009/45, n° 1480, Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, « *Mulholland Drive* », *RTD Com* 2008, p. 551, note F. POLLAUD-DULIAN, *RIDA* 2008/3, p. 209, note P. SIRINELLI.

¹¹⁰⁰ C. CHAMARD-HEIM, « Droit de propriété », *JCl. Libertés*, fasc. 710, 2011, n° 130.

¹¹⁰¹ Cette « *compensation équitable* » est d'ailleurs érigée en « notion autonome » par la CJUE : CJCE, 6 février 2003, aff. C-245/00, « *Sena* », CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-467/08.

s'agit davantage de « licence forcée » dans la mesure où la compensation financière est une contrepartie à l'accord du créateur d'autoriser l'exploitation.

II – Le noyau dur du droit de propriété sur la création

513. *Le noyau dur du droit de propriété sur le bien créatif.* L'entreprise d'identification du noyau dur est une étape essentielle de l'élaboration d'un régime juridique cohérent des droits de propriété sur le bien créatif. En effet, le noyau dur représente l'essence des droits de propriété sur le bien créatif. Par conséquent, la recherche du noyau dur doit transcender les différents droits de propriété sur le bien créatif. Très concrètement, le noyau dur est commun aux droits d'auteur, aux droits de dessins et modèles, aux droits du breveté, et à toutes les autres formes de propriété innommées. Cette recherche suppose tout d'abord d'examiner, de façon générale, la notion de noyau dur du droit de propriété (A). Une fois cet examen réalisé, il convient de l'adapter au domaine de la propriété sur le bien créatif (B).

A – La notion de noyau dur

514. *Le contenu essentiel des droits fondamentaux.* Les références au noyau dur sont diffuses dans les droits fondamentaux. Malgré un vocabulaire souvent différent, les trois ordres juridiques des droits fondamentaux (ordre constitutionnel, Conseil de l'Europe et Union européenne) ont en commun de vérifier que les restrictions imposées au droit de propriété ne portent pas atteinte à son noyau dur. Ainsi, le Conseil constitutionnel contrôle que la réglementation du droit de propriété n'aboutit pas à le « vider de son contenu »¹¹⁰². Selon lui, la limitation heurte le noyau dur lorsqu'elle possède un « caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci »¹¹⁰³ ou lorsque l'atteinte dénature le « contenu » du droit de propriété¹¹⁰⁴. La Cour de cassation contrôle également que la substance du droit de propriété n'est pas atteinte par la restriction¹¹⁰⁵. La Cour EDH vérifie depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* que la limitation ne porte pas atteinte à « la substance du droit de propriété »¹¹⁰⁶. La conception du noyau dur selon la Cour EDH

¹¹⁰² Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC., cons. 9, Cons. const., n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Modalités d'application des privatisations*. M. TREMEAU remarque toutefois que la jurisprudence demeure casuistique (J. TREMEAU, « Propriété. Fondement constitutionnel », *J.-Cl. Civil code. Art. 544.*, fasc. 20, n° 71).

¹¹⁰³ Cons. const., 26 juillet 1984, n° 84-172 DC, cons. 3, Cons. const., 16 janvier 1991, n° 90-287 DC, cons. 21 et 22.

¹¹⁰⁴ Cons. const., 26 juillet 1984, n° 84-172 DC, cons. 19.

¹¹⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ., 24 mai 2000, *Bull.*, n° 113, Cass. 3^{ème} civ., 19 juin 2002, n° 00-11.904, *JurisData* n° 2002-014870.

¹¹⁰⁶ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 62, Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, Req. n° 9267/81, § 52, Cour EDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. R.-U.*, Req. n° 74025/01, § 62, Cour EDH,

semble toutefois ambiguë dans la mesure où elle ne distingue pas le noyau dur en tant que « substance » et le noyau dur en tant que résultat du test de proportionnalité¹¹⁰⁷. De façon plus précise, la CJUE a forgé les notions de « *fonctions essentielles* » et de « *contenu spécifique* » afin de permettre le respect du noyau dur des droits fondamentaux¹¹⁰⁸. Plus généralement, l'article 52 §1 de la Charte DFUE prévoit que « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* » (souligné par nous). La CJUE considère alors que « *des restrictions peuvent être apportées aux droits fondamentaux, à condition qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit protégé* »¹¹⁰⁹.

515. *La substance de chacune des prérogatives du droit de propriété.* Le noyau dur du droit de propriété du créateur n'est pas constitué par certaines *prérogatives* du droit de propriété, mais par la *substance* de chacune d'entre elles. La *substance* du droit de propriété est donc distincte des *prérogatives* qui la forment. En effet, la substance du droit de propriété est la « part de ce qui résiste aux modifications ou altérations que subissent les attributs de ce droit »¹¹¹⁰. L'identification du noyau dur repose alors sur une appréciation quantitative et qualitative des restrictions. *Quantitative* dans la mesure où la suppression d'un grand nombre de prérogatives du créateur porte atteinte à la substance du droit. *Qualitative* ensuite dans la mesure où la paralysie d'une seule prérogative peut aboutir à priver *de facto* l'exercice d'un droit. Par exemple, la paralysie du droit de suite de l'auteur d'une œuvre d'art graphique et plastique aboutit, en pratique, à le priver du contenu essentiel de son droit. En effet, le droit de suite représente pour ces auteurs le moyen essentiel, parfois même le seul, d'obtenir une rémunération de leur création.

516. *La relativité du noyau dur du droit de propriété.* L'atteinte au noyau dur du droit de propriété n'est pourtant pas prohibée par les droits fondamentaux. Les juges des droits

30 juin 2009, *Affaires Etxebarria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, Req. n°s 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03, § 48.

¹¹⁰⁷ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP* 2006, p. 977.

¹¹⁰⁸ L'origine de ces concepts est d'ailleurs à rechercher dans le droit de la propriété intellectuelle : V.-L. BENABOU, « Le processus d'harmonisation communautaire en droit d'auteur », *JCl Europe Traité*, fasc. 1770, 2003, n° 28, C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. BONET, Litec, coll. Irpi, 2009, n° 360.

¹¹⁰⁹ CJUE 22 octobre 1991, C-44/89, *Von Deetzen c/ Hauptzollamt Oldenburg*.

¹¹¹⁰ A.-F. ZATTARA-GROS, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », *LPA* 2009, n° 46, p. 32.

fondamentaux se contentent de contrôler plus sévèrement les atteintes au droit de propriété qui visent les prérogatives formant son noyau dur à travers la notion de « juste équilibre »¹¹¹¹. L'examen de l'atteinte est alors réalisé grâce au test de proportionnalité. Un droit concurrent peut donc légitimement lui porter dès lors que l'atteinte est proportionnée. Le noyau dur est en ce sens critiquable car il n'implique pas une réelle intangibilité¹¹¹².

B – L'identification du noyau dur

517. *La fonction essentielle et le contenu spécifique.* Afin de cerner le noyau dur du droit de propriété sur la création, il convient de se tourner vers le droit de l'UE. En effet, cet ordre juridique a développé une jurisprudence élaborée ayant à partir de l'idée de la protection du noyau dur des propriétés intellectuelles. En particulier, le droit européen est confronté à la nécessité de concilier la liberté de la concurrence et la protection des droits de propriété intellectuelle¹¹¹³. Afin de concilier la liberté de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle, la CJUE a dégagé deux notions centrales : la « *fonction essentielle* » et « *l'objet spécifique* ». Ces deux notions forment, d'une certaine manière, le noyau dur de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. L'objet spécifique représente la « part irréductible (...) à laquelle le droit communautaire, primaire ou dérivé, ne saurait porter atteinte »¹¹¹⁴. L'objet spécifique désigne le contenu du monopole du créateur, c'est-à-dire les « intérêts légitimes que le droit a pour objet de protéger »¹¹¹⁵. La définition de l'objet spécifique découle de la détermination des fonctions essentielles.

518. *La fonction essentielle du droit d'auteur.* La CJUE distingue les fonctions essentielles des droits de propriété sur les *créations* de celles des droits de propriété sur les *réservations*. Elle considère que la fonction essentielle du droit d'auteur est d'assurer « *la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* »¹¹¹⁶. Elles sont ainsi partagées entre une logique économique (la « *rémunération de l'effort créateur* ») et une logique personnaliste (la « *protection morale de l'œuvre* »).

¹¹¹¹ C. CHAMARD-HEIM, « Droit de propriété », *JCl Libertés*, fasc. 710, 2011, n° 129.

¹¹¹² P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.* n° 44.

¹¹¹³ La nécessité de concilier la liberté de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle résulte du fait que ces derniers constituent des exceptions à l'interdiction des restrictions à l'importation ou à l'exportation (article 36 TFUE). Le droit européen admet donc la territorialité des droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, il appartient au droit européen de déterminer dans quelles mesures la liberté de la concurrence autorise la limitation des droits de propriété intellectuelle.

¹¹¹⁴ C. CASTETS-RENARD, « Droit d'auteur », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2010, n° 21.

¹¹¹⁵ B. EDELMAN, « Propriété littéraire et artistique. Droit communautaire. Droit d'auteur et droits voisins dans la liberté des échanges », *JCl. Civil Annexes*, fasc. 1810, 2007, n° 20.

¹¹¹⁶ TPICE, 10 juillet 1991, T-69/89 et T-70/89, *Magill*, att. 71.

519. *Droit des brevets.* La fonction essentielle du droit des brevets est un peu différente. La CJUE considère en effet que la fonction essentielle du droit des brevets est simplement « *la récompense de l'effort créateur de l'inventeur* »¹¹¹⁷. Bien qu'elle ne mentionne pas la « protection morale » de l'inventeur, la référence à l'« *effort créateur* » implique une certaine dimension personnelle. Il ne s'agit pas de récompenser un investissement ni d'honorer une créance, mais un « effort », c'est-à-dire « la mise en œuvre de toutes les capacités d'un être vivant pour vaincre une résistance ou surmonter une difficulté »¹¹¹⁸. En toutes hypothèses, la CJUE place « *l'effort créateur* » au centre des fonctions essentielles des droits de propriété sur la création. La notion de fonction essentielle, telle que dégagée par le droit européen confirme ainsi que le travail créatif représente le noyau dur du droit de propriété.

520. *Les fonctions essentielles du droit des marques.* Les fonctions essentielles du droit des marques sont différentes de celles des droits sur les créations. La CJCE a développé, à partir de l'arrêt *Terrapin c. Terranova* du 22 juin 1976, une conception « sociale » du droit de propriété sur les marques. Ainsi, la première fonction sociale est de défendre les intérêts légitimes du titulaire du droit de propriété. Cette fonction s'apparente à celle des droits sur les créations. La seconde fonction sociale est cette-fois-ci différente des droits sur les créations. Il s'agit de garantir aux consommateurs l'identification de l'origine du produit ou du service couvert par la marque¹¹¹⁹. Ainsi, en tant que droit « d'occupation » ou de « réservation », le droit de marque n'a pas pour fonction de rémunérer l'effort créateur, mais uniquement de permettre l'identification de la création réservée.

521. *L'objet spécifique.* L'objet spécifique du droit des brevets découle ainsi de ses fonctions essentielles. Il est constitué par le « *droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon* » afin « *notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur* »¹¹²⁰. De façon proche, l'objet spécifique du droit d'auteur réside dans le droit exclusif à la première mise en circulation, ayant pour corollaire l'épuisement du droit de reproduction¹¹²¹ et la protection morale de l'œuvre¹¹²². L'objet spécifique commun à

¹¹¹⁷ CJCE, 31 octobre 1974, C-15/74, *Centrafarm*, att. 9.

¹¹¹⁸ <http://www.cntrl.fr>.

¹¹¹⁹ CJCE, 22 juin 1976, C-119/75, *Terrapin-Terranova*.

¹¹²⁰ CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm*, *op. cit.*

¹¹²¹ CJCE, 8 juin 1971, C-78/70, *Deutsche Grammophon*.

l'ensemble des droits de propriété sur la création réside dans le droit de fabriquer et de première mise en circulation, ainsi que dans le droit de défendre la création. Le noyau dur du droit de propriété sur la création correspond ainsi au droit de décider du principe d'exploitation de la création et au droit de défendre la création.

522. *Le droit de destination.* Toutes les prérogatives du créateur n'entrent cependant pas dans le noyau dur du droit de propriété. C'est le cas par exemple du droit de destination. Présentons le brièvement. Il consiste à contrôler les usages des exemplaires de l'œuvre dont le créateur a autorisé la reproduction¹¹²³. Les modalités de sanction des atteintes au droit de destination font l'objet d'âpres débats¹¹²⁴. La difficulté résulte de la contestation de l'existence même du droit de destination¹¹²⁵. Son étude à travers les notions de contenu spécifique et de fonction essentielle est d'ailleurs intéressante à ce titre. Celui-ci n'est pas expressément prévu d'une manière générale par le législateur¹¹²⁶. Sa légitimité apparaît d'autant plus douteuse au regard du principe d'interprétation stricte des lois pénales¹¹²⁷. Mais différents arguments sont invoqués afin de justifier l'existence du droit de destination¹¹²⁸. Il se situe ainsi dans le sillage du droit de reproduction dont il constitue une composante¹¹²⁹. La jurisprudence considère d'ailleurs, depuis un arrêt du 27 avril 2004, que le droit de destination est une prérogative du droit « *d'exploitation* »¹¹³⁰. Quoiqu'il en soit, il n'entre pas dans le contenu essentiel des droits du créateur au sens de la CJUE car il ne tend pas à garantir le droit de la première mise en circulation.

¹¹²² TPICE, 10 juillet 1992, T-76/89, *Magill*, att. 58, CJCE, 20 oct. 1993, C-92/92, *Phil Collins*, att. 20.

¹¹²³ Par ailleurs, la défense du droit de synchronisation se heurte aux mêmes difficultés que le droit de destination. En effet, bien qu'il soit largement utilisé en pratique, le droit de synchronisation est un droit controversé. Selon certains auteurs, le droit de synchronisation représente une composante du droit de destination (J. CASTELAIN, « Les usages dans l'édition musicale », *RLDI* 2008, n° 1150).

¹¹²⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires de l'œuvre en droit d'auteur*, op. cit., passim, S. DUSOLLIER, « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *Prop. Intell* 2006, n° 20, p. 281.

¹¹²⁵ A. LEBOIS, « Droits patrimoniaux. Droit de location et de prêt », *JCl Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1254, 2006, n° 40.

¹¹²⁶ Les opposants au droit de destination font valoir que le législateur prévoit expressément le droit de location de logiciel (article L.122-6 du CPI), ce qui signifie qu'il n'a pas souhaité consacrer de droit « général » de destination.

¹¹²⁷ L'action pénale en contrefaçon ne serait donc pas envisageable (A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 951).

¹¹²⁸ J. PASSA, « droit de destination et droit de distribution », *LPA* 6 décembre 2007, n° 244, p. 32.

¹¹²⁹ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., n° 239, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, op. cit., n° 265.

¹¹³⁰ Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, *RTD Com.* 2004, 484, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *Prop. Intell.* 2004, n° 12, p. 770, note P. SIRINELLI, *D.* 2004, p. 1528, obs. J. DALEAU : « Mais attendu que le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur ou à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation ».

523. *Le droit de suite.* Une interrogation identique est soulevée au sujet du droit de suite. Il s'agit, selon l'article L.122-8 du CPI, du « *droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une œuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art* ». Sa nature est controversée en raison de l'objet sur lequel il porte : le support de l'œuvre. Pour certains auteurs, il ne constitue donc pas une prérogative de l'auteur¹¹³¹. Pour d'autres, il participe du droit d'auteur¹¹³². En ce sens, le considérant 4 de la directive 2001/84/CE sur le droit de suite reconnaît d'ailleurs que « *le droit de suite fait partie intégrante du droit d'auteur* ». Il n'entre cependant pas dans le contenu spécifique du droit de propriété des créateurs au sens du droit de l'UE. Celle-ci correspond en effet aux droits sur les choses immatérielles. Il vise à protéger le droit d'autoriser la reproduction du bien créatif immatériel. Or, le droit de suite porte sur le support de la chose protégée par le droit de propriété. Pour cette raison, il doit être exclu du cercle traditionnel du contenu spécifique. Pourtant, il constitue la principale façon de rétribuer « l'effort créateur » pour les créations dont la valeur réside dans le support de la création. Le support de la création mérite ici une protection particulière car il est le siège de la valeur de la création.

¹¹³¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 1051.

¹¹³² A. LUCAS, « Propriété littéraire et artistique. Droits des auteurs. Droits patrimoniaux. Droit de suite », *JCI Civil Annexes*, fasc. 1262, 2008, n° 14. Voy. déjà J.-L. DUCHEMIN, *Le droit de suite des artistes*, avant propos R. WEISS, Sirey, Ramgal, 1948, p. 271.

Chapitre 2 – L’effectivité du droit de propriété du bien créatif

524. *L’acte de création et le résultat de la création.* Comme pour la liberté de création, l’effectivité du droit fondamental de propriété sur le bien créatif est une condition de son existence pratique. Nous avons vu que l’effectivité de la liberté de création était assurée grâce à différents mécanismes. Les techniques des obligations positives et des notions autonomes, dont les origines se trouvent dans le droit de la Convention EDH, y participent notamment. La technique des « droits à », particulièrement du « droit à la culture », s’est en revanche révélée plutôt inefficace à garantir son effectivité. Nonobstant ce constat, la problématique de l’effectivité de la libre créativité est bien différente de celle de l’effectivité du droit sur le bien créatif. En effet, une fois réalisé, l’acte de création ne nécessite plus de protection particulière. On peut facilement admettre que la liberté de création « s’épuise » par son usage. Dès lors, la question de l’effectivité passe, comme un relais, du domaine de la liberté de création à celui du droit de propriété. La distinction entre l’acte et le bien créatif est, ici encore, à la base de deux corps de règles distinctes. Il faut donc, à présent, s’attacher à rechercher l’effectivité du droit sur le résultat de la création.

525. *Les moyens de l’effectivité du droit de propriété sur le bien créatif.* La problématique de l’effectivité des droits est très vaste. Comme nous l’avons déjà mentionné, il existe deux significations de l’effectivité des droits¹¹³³. La première vise la « substance » des droits. Il s’agit de l’effectivité substantielle (**Section 1**). La seconde vise la défense en justice du droit fondamental. Il s’agit de l’effectivité procédurale (**Section 2**).

Section 1 – L’effectivité substantielle

526. *La problématique de l’effectivité : la quête de l’égalité.* Le droit fondamental de propriété étant particulièrement large, nous l’avons vu, son effectivité suppose que tous les biens créatifs soient protégés. Il existe cependant différents moyens juridiques permettant de protéger les biens créatifs. Certaines créations sont protégées grâce au droit fondamental de propriété. De façon subsidiaire, d’autres sont garantis par le droit de la responsabilité civile. De plus, à l’intérieur même du droit de propriété, il existe différents régimes selon le bien créatif considéré. Certains régimes peuvent d’ailleurs se cumuler, notamment en vertu du

¹¹³³ S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit.

principe de l'unité de l'art. On s'aperçoit alors que l'effectivité du droit de propriété est, en réalité, confrontée à la grande variété des moyens de protection offerts par le droit français. La question de l'effectivité glisse alors vers celle de l'égalité des créations et des créateurs. Le droit à l'égalité constitue ainsi le principal moyen de réaliser l'effectivité du droit de propriété sur le bien créatif.

527. *La notion d'égalité.* Le droit à l'égalité, et avec lui le principe de non-discrimination, est consubstantiel des droits fondamentaux¹¹³⁴. Il représente, à la fois, un droit fondamental en lui-même, ainsi qu'une condition de l'effectivité des autres droits fondamentaux. Comment, en effet, proclamer le droit fondamental de propriété du créateur sans le droit à l'égalité ? Il n'aurait aucune valeur s'il n'était pas appliqué avec égalité. Il est donc présent, logiquement, de façon diffuse dans les droits fondamentaux. Il est proclamé en particulier par l'article 14 et le protocole n°12 de la Convention EDH. La Charte DFUE lui consacre également un chapitre. L'article 21 en particulier interdit les discriminations fondées sur « *le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* » et la nationalité « *dans le domaine d'application du traité* ». Le droit constitutionnel reconnaît également la valeur constitutionnelle du droit à l'égalité¹¹³⁵. Les juges des droits fondamentaux ont développé une méthode d'appréciation *in concreto* de l'égalité. Selon la formule employée régulièrement par le Conseil constitutionnel, « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹¹³⁶. La CJUE considère également que le droit à l'égalité ne s'oppose pas au traitement différencié lorsque celle-ci est

¹¹³⁴ Il existe un intense débat quant aux rapports entre le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination. Voy. not. le numéro spécial de la *RFDA* 2010/2, en particulier les contributions de F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque », *RFDA* 2010, p.301, L. CLUZEL-METAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA* 2010, p. 309, Voy. également *La non-discrimination : un droit fondamental*, Actes du séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 à la Convention EDH, Strasbourg, 11 octobre 2005, Editions du Conseil de l'Europe, 2006.

¹¹³⁵ Cons. const., 12 juillet 1979, 79-107 DC, « *Ponts à péage* », *AJDA* 1979, p.38. Voy. pour une analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 1392.

¹¹³⁶ Cons. const., 9 avril 1996, 96-375 DC, « *Transfert d'entreprises publiques au secteur privé* », Cons. cons., 18 mars 2009, n° 2009-578 DC, cons. 19.

objectivement justifiée¹¹³⁷. En réalité, le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination s'opposent aux différences de traitement arbitraires.

528. *L'égalité entre les créateurs et égalité entre les créations.* Ainsi considéré au stade du résultat de la création, le droit à l'égalité doit être envisagé différemment selon que l'on s'attache à la personne du créateur selon sa nationalité (§1) ou selon le droit de propriété sur le bien créatif qui lui est reconnu (§2).

§ 1 – Les inégalités entre les créateurs

529. *La nationalité du créateur.* Exacerbée par l'internationalisation des échanges¹¹³⁸, la question de la nationalité du créateur se trouve à un carrefour où se rencontrent plusieurs principes. D'une part, les droits de la propriété intellectuelle sont traditionnellement soumis au principe de territorialité. Il signifie que « le régime des droits de propriété intellectuelle s'apparente à un *patchwork* de lois territorialement applicables et indépendantes les unes des autres »¹¹³⁹. D'autre part, le principe de non-discrimination interdit de distinguer les créateurs selon leur nationalité dans un ordre juridique donné. Ce dernier principe est un droit fondamental. Il convient donc de déterminer dans quelles mesures celui-ci est compatible avec le principe de territorialité des propriétés intellectuelles.

530. Il apparaît à l'étude que le principe de non-discrimination est un droit fondamental à géométrie variable tant ses effets sont contrastés en fonction de l'ordre juridique dans lequel il s'applique. La construction d'un marché unique européen a conduit, en effet, à une suppression progressive de toutes les discriminations directes ou indirectes fondées sur la nationalité (I). Ce mouvement n'a cependant pas d'équivalent dans l'ordre international. La nationalité demeure ainsi un critère de discrimination (II).

I – L'égalité dans l'ordre européen

531. *La nationalité du créateur.* Le droit de l'UE prohibe les discriminations des créateurs fondées sur leur nationalité. En vertu du principe de primauté du droit européen, le principe de non-discrimination permet d'écarter l'application de normes d'origine nationale (une loi par exemple) ou internationale (une Convention internationale par exemple) qui lui serait contraire. La présence de dispositions discriminantes en fonction de la nationalité dans ces

¹¹³⁷ CJCE, 8 octobre 1980, « *Überschär* », aff. C-810/79, § 16.

¹¹³⁸ J. FOYER, « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle : brevets, marques et droit d'auteur », in *Mélanges Plantey*, Pedone, 1995, p. 261.

¹¹³⁹ E. TREPPOZ, « Contrefaçon », *Rép. dr. international*, Dalloz, 2010, n° 4.

textes doivent alors être écartées. Mais, en pratique, la difficulté résulte de la détermination de leur effet discriminant : si les discriminations directement fondées sur la nationalité sont contraires au principe de non-discrimination (A), il faut admettre que celles fondées sur d'autres critères, mais produisant un effet identique, le sont également. Il s'agit des discriminations indirectes (B).

A – Les discriminations directes

532. *L'arrêt Phil Collins.* Le principe de non-discrimination prohibe en droit européen les différences de traitement fondées sur la nationalité. L'article 18 du TFUE (ex. 12§1 du TCE) interdit ainsi les discriminations fondées sur la nationalité « *dans le domaine d'application du présent traité et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit* ». La CJUE applique ce principe aux droits de propriété intellectuelle depuis l'arrêt fondateur *Phil Collins*¹¹⁴⁰. Rappelons brièvement les faits de cet arrêt bien connu. Le chanteur britannique souhaitait interdire l'exploitation en Allemagne d'un enregistrement de concert réalisé sans son autorisation aux Etats-Unis. La législation allemande distinguait alors la situation des artistes interprètes nationaux et étrangers. Selon elle, dès lors que l'enregistrement avait été réalisé hors d'Allemagne, les ressortissants des autres Etats-membres ne pouvaient pas en interdire l'exploitation. La législation allemande offrait alors un traitement différent aux artistes interprètes étrangers lorsque la captation avait eu lieu à l'étranger. En l'occurrence, Phil Collins étant de nationalité britannique, il ne pouvait pas jouir du même droit que son homologue allemand. La CJUE considéra alors, logiquement, que la législation allemande opérait une discrimination illicite fondée sur la nationalité des auteurs. Elle énonce ainsi que le principe de non-discrimination « *s'oppose dès lors à ce qu'un Etat membre soumette l'octroi d'un droit exclusif à la condition d'être un ressortissant national* »¹¹⁴¹.

533. *Le brevet européen.* Le principe de non-discrimination prend une autre forme lorsque le créateur réalise une demande de titre européen. C'est le cas en matière de brevet européen. L'article 58 de la Convention de Munich du 5 octobre 1973 prévoit ainsi que « *toute personne physique ou morale et toute société, assimilée à une personne morale en vertu du droit dont elle relève, peut demander un brevet européen* ». La portée de ce principe demeure toutefois limitée car la Convention de Munich n'instaure pas un « titre » européen. Elle permet

¹¹⁴⁰ CJCE, 20 octobre 1993, C-92/92, *Phil Collins*, pt. 27, comm. G. BONET, in *Mélanges Françon, op. cit.*, p. 1.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, pt. 32.

uniquement de simplifier la demande de brevet, la procédure d'octroi du titre étant régie par les lois nationales.

534. *L'article 14 ter al. 2 Berne.* La discrimination selon un critère de nationalité est donc interdit entre créateurs européens. Dans la lignée de la jurisprudence *Phil Collins*, il faut alors admettre que l'article 14ter§2 de la Convention de Berne, relatif au droit de suite, est contraire au principe de non-discrimination selon la nationalité. Ce texte prévoit que « *la protection prévue à l'alinéa ci-dessus n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si la législation nationale de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée* » (souligné par nous). Cette disposition est contraire au principe de non discrimination selon la nationalité car il subordonne le bénéfice du droit de suite à la loi nationale du créateur¹¹⁴². Plus avant, il existe des situations dans lesquelles une discrimination est réalisée sans référence directe à la nationalité du créateur. Il s'agit des hypothèses de discriminations indirectes fondées sur un critère autre que la nationalité, mais aboutissant au même résultat.

B – Les discriminations indirectes

535. *Le critère du pays d'origine de la création.* En plus des hypothèses de discriminations directes selon la nationalité, le droit européen interdit les discriminations indirectes fondées sur le pays d'origine de l'œuvre. L'hypothèse est la suivante : un certain nombre de normes distingue les créations selon le pays de première publication ou de première diffusion, c'est-à-dire selon le critère du « pays d'origine de l'œuvre ». Ce critère est bien différent de celui de la nationalité du créateur. Le pays d'origine de la création n'est pas nécessairement le pays d'origine du créateur. Il s'agit par exemple du cas où un créateur français crée en Allemagne. En vertu du principe de territorialité, la création est normalement soumise au droit allemand. Si le créateur français demande une protection de sa création cette fois-ci en France, le droit français peut-il traiter différent ce créateur, pourtant de nationalité française, en raison de l'origine de sa création ? Les discriminations fondées sur le critère du pays d'origine d'une création sont-elles alors contraires à l'article 18 du TFUE ?

¹¹⁴² F. POLLAUD-DULIAN, « Du bon usage du principe communautaire de non-discrimination en droit de la propriété intellectuelle : à propos de l'affaire *La Bohème* », *Prop. Intell.* 2003, n° 6, p. 24.

536. La question divise la jurisprudence et la doctrine¹¹⁴³. La jurisprudence française considère traditionnellement que le critère du pays d'origine de l'œuvre ne constitue pas en lui-même une discrimination selon la nationalité du créateur. C'est le cas en particulier au sujet de l'article 2§7 de la Convention de Berne qui refuse le cumul de protection avec le droit d'auteur pour les créations qui ne sont protégées que par le droit des dessins et modèles dans leur pays d'origine. La Cour de cassation retient en ce sens que cette règle n'est « *pas contraire au principe communautaire de non discrimination, dès lors qu'elle concernait la loi applicable à la qualification et à la protection de l'œuvre, peu important la nationalité de son créateur, et ne contenait ainsi aucune discrimination déguisée fondée sur la nationalité, la cour d'appel a fait une exacte application de l'article 12 du Traité de l'Union européenne* »¹¹⁴⁴. La justification de la Cour de cassation reposait ainsi sur les notions de « *loi applicable à la qualification et à la protection de l'œuvre* ». Au soutien de cette solution, on faisait généralement valoir que même les nationaux sont visés par les dispositions litigieuses lorsqu'ils publient ou diffusent pour la première fois à l'étranger¹¹⁴⁵. Si l'on reprend notre exemple, on s'aperçoit, en effet, que le créateur français qui crée dans un pays refusant le cumul de protection ne bénéficiera pas de la double protection dans son propre pays. Cependant, cette approche est contestable et contestée par la doctrine¹¹⁴⁶. Elle estime ainsi que ce critère aboutit à une discrimination indirecte car le pays d'origine de la création correspond le plus souvent à celui de la nationalité du créateur. Comme nous allons le voir, la CJUE a fait droit à ce raisonnement.

537. *L'arrêt La Bohème*. La première application par la CJUE du principe de non-discrimination indirecte selon la nationalité résulte de l'arrêt *La Bohème* du 6 juin 2002¹¹⁴⁷. L'affaire concernait la représentation sans autorisation en Allemagne du célèbre opéra de

¹¹⁴³ M. VIVANT, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 441, M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *op. cit.*

¹¹⁴⁴ Cass. com., 14 décembre 2004, *Juris-data* n° 2004-026302, *Com. com. électr.* 2005, comm. 42, obs. Ch. CARON, confirmation de Cass. com., 26 mars 2002, *RTD. Com* 2002, p. 674, obs. A. FRANÇON, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 771 note J.-S. BERGE, *JCP E* 2003, p. 1717, obs. H.-J. LUCAS.

¹¹⁴⁵ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1223, F. POLLAUD-DULIAN, « Du bon usage... », *op. cit.* et « Principe de non-discrimination en raison de la nationalité », *RTD Com.* 2005, p. 737.

¹¹⁴⁶ A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la communauté européenne*, Office des publications officielles des communautés européennes, 1978, n° 449 et s., P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD eur.* 1994, p. 425, GASTER, « Suites de l'arrêt *Phil Collins* de la CJUE », *RIDA* 1996/3, p. 3, J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, *op. cit.*, n° 521 et s.

¹¹⁴⁷ CJUE, 6 juin 2002, C-360/00, *Land Hessen c/ Ricordi & Co.*, concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER, arrêt dit « *La Bohème* », *Rec. I*, p. 5089, *RTD. Com* 2002, p. 676, note A. FRANÇON, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 771, note J.-S. BERGE, *Prop. Intell.* 2003, n° 6, p. 24, note F. POLLAUD-DULIAN.

Puccini par le Staatstheater de Wiesbaden. Ce dernier faisait valoir que l'œuvre était tombée dans le domaine public en vertu de la règle de comparaison des délais de l'article 7§8 de la Convention de Berne. Ce texte stipule en effet que « *la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée ; toutefois, à moins que la législation de ce dernier n'en décide autrement, elle n'excèdera pas la durée fixée dans le pays d'origine* » (souligné par nous). Or, au moment des faits, le droit italien prévoyait une protection de 56 ans après la mort de l'auteur. L'œuvre de Puccini était alors entrée dans le domaine public selon le droit italien. En revanche, le droit allemand prévoyait en principe une durée de protection plus longue. En l'espèce, il admettait normalement l'application du droit de représentation en faveur de Puccini. La règle de comparaison des délais aboutissait toutefois à lui refuser la protection du droit d'auteur car l'Italie est le « *pays d'origine* » de l'œuvre. En effet, en application de la règle dite de comparaison des délais de l'article 7§8 de la Convention de Berne, la durée du monopole prévu par le droit allemand (70 ans après la mort de l'auteur) excédait la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre. En l'occurrence, le droit italien prévoyait une durée de 56 ans *post mortem*. Par conséquent, le législateur n'en ayant pas décidé autrement, la jurisprudence allemande refusa la protection de *La Bohème* au motif que la durée excédait celle du pays d'origine de l'œuvre.

538. La problématique soulevée par la question préjudicielle posée par le Bundesgerichtshof à la CJUE porte sur la conformité de l'article 7§8 de la Convention de Berne au principe européen de non-discrimination. La CJUE devait déterminer si cette règle introduisait une différence de traitement de l'auteur étranger par rapport aux œuvres d'un auteur national. L'argumentation proposée par le Land Hessen (intervenant en tant que gérant du Staatstheater de Wiesbaden) repose sur l'idée, que nous avons déjà évoquée, selon laquelle la comparaison des délais « *ne prend pas pour critère la nationalité, mais le pays d'origine* »¹¹⁴⁸. La différence de traitement serait donc objective. Elle est d'ailleurs applicable aux auteurs allemands vivant hors d'Allemagne. La règle de comparaison des délais ne serait donc pas, selon ce raisonnement, une discrimination prohibée fondée sur la nationalité de l'auteur. La CJUE considère au contraire que la règle de comparaison des délais est contraire au principe de non-discrimination selon la nationalité¹¹⁴⁹. Elle relève que le droit européen impose aux Etats-membres « *d'assurer une parfaite égalité de traitement entre ses ressortissants et les ressortissants d'autres États membres se trouvant dans une situation*

¹¹⁴⁸ CJUE, 6 juin 2002, *op. cit.*, pt. 29.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, pt. 32.

régie par le droit communautaire »¹¹⁵⁰. Elle considère alors par conséquent que la règle de comparaison des délais opère une « discrimination directe » en raison de la nationalité. Il faut ainsi relever que le critère du pays d'origine de l'œuvre est, en réalité, entendu comme une discrimination *directe* selon la nationalité.

539. *L'arrêt Tod's*. La CJUE a ensuite fait une seconde application du principe de non-discrimination selon la nationalité par l'arrêt *Tod's* du 10 juin 2005¹¹⁵¹. Il concernait la protection en France d'un modèle de chaussure créé en Italie par la société italienne *Tod's*. Cette dernière estime que son modèle est contrefait par celui qui est distribué par la société française Heyraud. La société *Tod's* invoque au fondement de son action la protection du droit d'auteur en France. Mais le défendeur lui oppose une exception d'irrecevabilité fondée sur l'article 2§7 de la Convention de Berne. Celui-ci stipule qu'« *il est réservé aux législations des pays de l'Union de régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles (...). Pour les œuvres protégées comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclamé dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles ; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces œuvres seront protégées comme œuvres artistiques* » (souligné par nous). L'objet de cette disposition est de mettre en compatibilité les législations prévoyant la règle de l'unité de l'art et celles n'autorisant aucun cumul de protection des créations. Pour cela, l'article 2§7 de la Convention de Berne retient le critère du pays d'origine de l'œuvre.

540. La société *Tod's* n'ayant pas déposé de modèle en France, il faisait valoir la protection de sa création sur le terrain du droit d'auteur en vertu du principe de l'unité de l'art. Or, le droit italien n'admettait pas le cumul de protection¹¹⁵². Par conséquent, en vertu de l'article 2§7 de la Convention de Berne, elle ne devait pas pouvoir se prévaloir de la protection du droit d'auteur car seule la protection par les dessins et modèles était prévue dans le pays d'origine de la création. La société *Heyraud* et le gouvernement français faisaient valoir que « *compte tenu de la grande mobilité des créateurs et de leurs ayants droit dans le domaine*

¹¹⁵⁰ *Ibid.* pt. 31.

¹¹⁵¹ CJUE, 30 juin 2005, *Tod's c. Heyraud*, *Comm. com. électr.* 2005, n° 133, note Ch. CARON, *Légipresse* 2006, III, 21, note C. ALLEAUME, *Prop. Indus.* 2005, n° 9 p. 30, note P. KAMINA. Voy. les commentaires critiques : *Prop. Intell.* 2005, p. 442, obs. A. LUCAS, *RTD Com* 2005, 735, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.* 2005, p. 2533, note C. BRIERE.

¹¹⁵² La directive n° 98/71 du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles consacre aujourd'hui la règle de l'unité de l'Art.

des arts appliqués, le lieu de la première publication d'un dessin ou d'un modèle ne coïncide pas nécessairement avec la nationalité de son auteur et que, le plus souvent, une telle coïncidence n'existe pas ». La CJUE considère cependant que « *les œuvres publiées pour la première fois dans un État membre auront pour auteur, dans la majorité des cas, un ressortissant de cet État, alors que les œuvres publiées dans un autre État membre auront généralement pour auteur une personne qui n'est pas un ressortissant du premier État membre* »¹¹⁵³. Le principe de non-discrimination entre les créateurs « *s'oppose à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre* »¹¹⁵⁴.

541. *Un Code européen de la propriété intellectuelle ?* En définitive, l'application maximale du principe de non-discrimination à laquelle s'est livrée la CJUE va de pair avec la construction d'un droit européen de la propriété intellectuelle. Il existe ainsi des titres européens de propriété industrielle et des directives d'harmonisation qui tendent à atténuer les différences entre les législations européennes. La forte européanisation des droits de propriété intellectuelle, conjuguée avec une application maximale du principe de non-discrimination, conduit à envisager la construction d'un véritable Code européen de la propriété intellectuelle¹¹⁵⁵. Celui-ci offrirait alors une protection identique à tous les créateurs. La construction tel ensemble de règles harmonisées demeure toutefois pour l'instant utopique. Il supposerait en particulier l'abandon du principe de territorialité et une parfaite confiance des États-membres les uns envers les autres.

II – L'égalité dans l'ordre international

542. *Le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée.* Les principaux traités relatifs à la propriété intellectuelle prévoient le principe du traitement national et de la clause de la Nation la plus favorisée (clause NPF). Ces principes constituent les piliers du commerce international de marchandises et de services¹¹⁵⁶. Ils visent à garantir le droit de commercer sans discrimination¹¹⁵⁷. S'agissant des droits des créateurs, l'article 3 des ADPIC prévoit que

¹¹⁵³ CJUE, 30 juin 2005, *Tod's c. Heyraud*, *op. cit.*, pt. 20.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, pt. 26 et 27.

¹¹⁵⁵ N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », in *Mélanges Bonet*, *op. cit.*, p. 51 et s.

¹¹⁵⁶ G. MOON, « Trade and equality : a relationship to discover », *JIEL* 2009, p. 617.

¹¹⁵⁷ E.-U. PETERSMANN, *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*, University Press Fribourg, 1991, p. 314 et s., A. QURESHI, « International trade and human rights from the

« chaque pays accordera aux ressortissants des autres Parties un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle ». L'article 4 ajoute qu'« en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres ». L'article 27-1 des ADPIC prévoit le « droit de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale ». Les ADPIC instaurent ainsi un principe général de non-discrimination en faveur des créateurs titulaires de droits de propriété intellectuelle¹¹⁵⁸.

543. Les créateurs ressortissants d'Etats tiers à l'UE doivent donc bénéficier d'un traitement identique à celui des ses ressortissants. Les espaces économiques régionaux, à l'instar de l'UE, ne constituent en effet pas des exceptions à la clause NPF visées par l'article 4 des ADPIC¹¹⁵⁹. Cette analyse est toutefois controversée. Certains auteurs font valoir que les rédacteurs de ce texte n'avaient pas l'intention d'accorder un statut identique à tous les créateurs ressortissants ou non de l'UE¹¹⁶⁰.

§ 2 – Les inégalités entre les biens créatifs

544. *Les discriminations selon la nature des biens créatifs.* Comme il existe une grande diversité de biens créatifs, il existe différents régimes juridiques de protection du droit de propriété. Schématiquement, les inventions techniques sont ainsi protégées par le droit de propriété sur les brevets d'inventions. Les créations esthétiques sont protégées par le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles. Le régime de protection des créations est ainsi différent selon la nature de la création en cause. S'il existe bien un « noyau dur » de règles identiques à tous les biens créatifs, de nombreuses règles particulières les distinguent, à commencer par les critères de mise en œuvre des monopoles (originalité, activité inventive,

perspective of the WTO », in *International economic law with a human face*, edited by F. WEISS, E. DENTERS et P. DE WAART, Kluwer Law International, 1998, p. 159, F. MARRELLA, « L'individu et le droit international économique », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Julliard*, J.-M. SOREL (textes réunis par), Pedone, 2009, p. 191, spéc. p. 203 et s., L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (Dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, préf. J.-F. RENUCCI, 2009, E.-U. PETERSMANN, « Human rights, international economic law and "constitutional justice" », *EJIL* 2008, p. 769.

¹¹⁵⁸ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1409.

¹¹⁵⁹ D. CARREAU et P. JULLIARD, *Droit international économique*, 4^e ed., Dalloz, coll. « Précis », 2010, p. 327

¹¹⁶⁰ COHEN-JEROHAM, *Journée de l'ALAI*, p. 128, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1441, F. POLLAUD-DULIAN, « Du bon usage... », op. cit.

nouveauté, caractère propre, etc.). Ces différences de traitement entre les biens créatifs introduisent-elles des discriminations injustifiées entre les créateurs ? Au-delà du caractère un peu provocant de l'interrogation, il faut convenir que l'effectivité substantielle du droit fondamental de propriété implique que les différences de traitement entre les créateurs soient justifiées. Cette interrogation découle donc logiquement de l'approche unitaire que proposent les droits fondamentaux. Les « créateurs » étant une catégorie de titulaires d'un même droit fondamental, le droit de propriété, il est légitime d'examiner les différences de traitement au sein de cette catégorie.

545. Les droits fondamentaux n'imposent pas, bien entendu, une stricte égalité de traitement entre tous les créateurs. Les discriminations sont justifiées dès lors qu'elles reposent sur un critère objectif. Ainsi, la plupart des discriminations entre les créateurs sont justifiées par les fonctions sociales des différentes branches du droit de propriété sur le bien créatif **(I)**. Certaines sont en revanche plus discutables. C'est le cas en particulier des différences de traitement fondées sur la nature du support de la création **(II)**.

I – Les inégalités fondées sur les fonctions des biens créatifs

546. *Le brouillage des fonctions sociales.* Les inégalités de traitement entre les différents biens créatifs sont traditionnellement justifiées par les fonctions sociales qui leur sont assignées. Le régime juridique des biens créatifs relevant du droit d'auteur est ainsi guidé par une fonction personnaliste. Celui des biens créatifs relevant des autres droits de propriété intellectuelle (brevet, marque, dessins et modèles, etc.) est davantage tendu vers une fonction économique. Les fonctions sociales expliquent ainsi les différences de traitement entre les différents propriétaires de biens créatifs **(A)**. Cependant, les évolutions économiques et sociologiques contemporaines de la création, qui entraînent un brouillage des frontières traditionnelles entre les fonctions sociales, incitent cependant à remettre en cause certaines différences de traitement **(B)**.

A – Les fonctions sociales

547. *Les fonctions personnalistes et industrielles.* Les fonctions assignées aux différents droits de propriété intellectuelle peuvent expliquer les différences de régimes juridiques des biens créatifs. Le droit d'auteur est ainsi envisagé comme un droit « personnaliste » protégeant des créations « esthétiques », traditionnellement comprises comme relevant du domaine « artistique et culturel ». Les droits sur les brevets ou les dessins et modèles sont, en

revanche, entendus comme des droits guidés par une logique « industrielle ». Le droit d'auteur relèverait alors d'une logique « subjective », c'est-à-dire tournée vers la personne de l'auteur, tandis que les droits de propriété industrielle seraient tournés vers une logique « objective », c'est-à-dire vers le bien créé. Cette différence d'approche explique alors les divergences entre les régimes juridiques prévus par le CPI. Les conditions de protection, la durée du monopole et les prérogatives accordées par le législateur reflètent ces deux fonctions.

548. *Les conditions de la protection.* La fonction assignée au droit d'auteur explique le régime des conditions d'accès à la propriété. La protection ne nécessite aucun dépôt car le législateur entend avant tout protéger une personne davantage qu'un bien créatif. Le droit d'auteur ne nécessite donc pas de formalité, à l'instar des autres droits subjectifs à forte dimension patrimoniale, tel que le droit à l'image. La naissance du droit d'auteur est ensuite subordonnée au critère de « l'originalité ». Celui-ci est entendu traditionnellement comme « l'empreinte de la personnalité » de l'auteur. Une partie de la doctrine reconnaît néanmoins que ce critère, battu en brèche par la jurisprudence, tend à glisser vers une conception objective fondée sur la nouveauté¹¹⁶¹. La subjectivité du droit d'auteur expliquerait également l'interdiction faite au juge par l'article L.112-1 du CPI de tenir compte du « *genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination* ». Ce « principe fondamental du droit français »¹¹⁶² est aussi expliqué par la fonction assignée au droit d'auteur : protéger la personne indépendamment du bien créé. Il faut en outre rappeler que, jusqu'à la loi du 3 juillet 1985, la protection des photographies était subordonnée à la preuve de leur caractère « artistique » ou « documentaire ». Cette disposition opérait ainsi une distinction selon la nature du bien créatif au mépris de la philosophie personnaliste du droit d'auteur.

549. En revanche, les conditions d'accès aux droits de brevets et de dessins et modèles reflètent leur fonction industrielle. Elles sont davantage tournées vers le bien créatif plutôt que vers la personne du créateur. Un dépôt du bien est ainsi nécessaire pour obtenir un titre de propriété. Une condition de nouveauté objective (ou encore de « caractère propre ») est logiquement nécessaire. Avec la condition du « caractère industriel », cette exigence de nouveauté reflète l'importance accordée à la fonction du bien créatif. Enfin, le bien ne doit pas être contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs : une invention immorale ne saurait faire l'objet d'un titre de propriété. L'absence de référence à l'ordre public et aux bonnes

¹¹⁶¹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 72.

¹¹⁶² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 162.

mœurs en matière de droit d'auteur est, en contrepoint, justifiée par le caractère personnaliste du droit : il protège la personne de l'auteur davantage que le bien créatif. Les causes du brouillage entre ces deux corps de règles portant sur les biens créatifs sont bien connues¹¹⁶³. Le droit d'auteur tend à protéger davantage les créations techniques à vocation essentiellement économique. Le cas du logiciel illustre parfaitement l'influence de la fonction du bien créatif sur son régime juridique. Les conditions d'accès à la propriété sont en effet assouplies par la jurisprudence afin de répondre à leur fonction économique¹¹⁶⁴.

550. *La durée du droit de propriété.* Les différences de fonctions expliquent également la différence de durée du droit de propriété¹¹⁶⁵. La fonction personnaliste du droit d'auteur a ainsi conduit le législateur à indexer la durée du monopole sur la personne de l'auteur : le bénéfice du droit d'auteur est accordé « *du seul fait de la création* », c'est-à-dire à partir de l'acte réalisé par l'auteur ; la durée de protection traduit également le caractère personnaliste en accordant un droit de propriété pendant 70 ans *post mortem*. La durée des autres droits de propriété intellectuelle traduit en revanche leur fonction industrielle. Le point de départ de la protection dépend de la délivrance d'un titre en considération du bien créatif. La durée du droit de propriété est ensuite fixée en considération du bien créatif : la durée est déconnectée de la personne de l'inventeur.

551. *Les droits moraux.* Les différences de fonctions justifient ensuite des inégalités quant aux prérogatives accordées aux créateurs. Les fonctions des droits expliquent en particulier la quasi-inexistence de droits moraux en matière de création industrielle. Le droit des brevets prévoit uniquement un droit au nom de l'inventeur (article L611-9 du CPI), tandis que le droit d'auteur prévoit le droit de divulgation, le droit au respect, le droit à l'intégrité et le droit de retrait et de repentir. Les conséquences de la logique industrielle se manifestent en particulier dans le régime du droit d'auteur de logiciel. L'article L121-7 du CPI prévoit en effet un droit moral diminué afin de répondre à la logique industrielle du logiciel.

552. *Le régime des créateurs salariés.* La situation des créateurs salariés reflète également, comme nous l'avons déjà vu, les différences de logique qui président aux différents droits de

¹¹⁶³ A. BERTRAND, « Relations entre les droits d'auteur, les autres droits privatifs et la protection des créations non protégées par un droit privatif », in *Droit d'auteur 2011/2012*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2011, Chap. 102.

¹¹⁶⁴ P. KAMINA, « Droit d'auteur et discriminations. Brèves réflexions sur les inégalités de traitement en propriété littéraire et artistique », in *Droit et technique. Mélanges en l'honneur de X. Linant de Bellefond*, Litec, 2007, p. 253.

¹¹⁶⁵ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles. Contribution à l'étude du droit des créations*, préf. M. VIVANT, Litec, 2004, *passim*.

propriété sur le bien créatif¹¹⁶⁶. Les créateurs de biens relevant du droit des brevets ou du droit des marques bénéficient en effet d'un régime moins protecteur que les créateurs relevant du droit d'auteur : les biens créatifs de ces derniers demeurent en principe dans leur patrimoine, tandis que la propriété des biens industriels est en principe transmise à l'employeur lorsque la création est réalisée dans le cadre de la mission.

B – Une justification à remettre en cause

553. *La remise en cause par les droits fondamentaux.* Les droits fondamentaux remettent en cause certaines de ces différences. En effet, la qualification unitaire engendrée par les droits fondamentaux, à partir du droit de propriété, conduit à amoindrir les différences entre les régimes de protection des biens créatifs¹¹⁶⁷. Le développement des notions de « fonction essentielle » et « d'objet spécifique » conduit par exemple à envisager les propriétés intellectuelles sous un même angle, celui du bien créatif. Le brouillage des catégories est renforcé par les usages sociaux qui sont fait des différents régimes de propriété. Le droit d'auteur est aujourd'hui utilisé comme un instrument économique de premier plan : la propriété des logiciels, des bases de données ou des sites web est obtenue grâce au droit d'auteur. La logique industrielle pénètre donc un régime juridique jusque là construit par référence à une fonction personnaliste. Parallèlement, les droits de propriété industrielle sont de plus en plus utilisés par les artistes et l'industrie culturelle¹¹⁶⁸. Les personnages Disney par exemple ont fait l'objet de dépôt à titre de marque afin de contourner la durée limitée du copyright. L'artiste Yves Klein a de même breveté son fameux « bleu » (IKB pour International Klein Blue) ainsi que les Anthropométries. Il faut donc se demander si les différences de régimes sont aujourd'hui justifiées par les fonctions traditionnelles des droits de propriété. L'intangibilité du droit moral en particulier ne semble plus véritablement correspondre aux pratiques économiques et sociales de nombreuses créations techniques ou industrielles. Les différences de durée de protection ne semblent pas non plus correspondre à la « fonction essentielle » de la création qui réside dans la « rémunération de l'effort créateur » : l'effort créateur nous semble identique, que l'effort soit technique ou esthétique.

554. *Le critère de la créativité.* À contre courant d'une logique fondée sur la fonction des créations, il est envisageable de distinguer les créations selon leur degré de créativité. Il ne

¹¹⁶⁶ Cf. n° 485.

¹¹⁶⁷ Cf. n° 432.

¹¹⁶⁸ E. TREPPOZ, « Quelle protection juridique pour l'art contemporain ? », *RIDA* 2006, n° 209, p. 51.

s'agit donc plus de « placer » une création sous un régime selon que sa fonction soit esthétique ou industrielle, mais de moduler le régime juridique en fonction des caractéristiques propres du bien créatif. La différence de traitement des créateurs selon la « valeur créative » du bien est légitime car, précisément, elle dépend des caractéristiques intrinsèques du bien créatif. Il existe plusieurs manifestations de la discrimination selon la créativité. L'ancienne législation allemande sur le droit d'auteur distinguait ainsi la protection des œuvres selon la « hauteur créative » (*Schöpfungshöhe*) en refusant la protection des « petites monnaies » (*Kleine Münze*) du droit d'auteur, c'est-à-dire les œuvres faiblement créatives. Le droit belge distingue de même selon le degré de « liberté de création » laissé à l'auteur¹¹⁶⁹. La prise en compte du « degré d'intensité créatrice » permet, dès lors, de traiter de façon différente les créations distinctes. En droit français, l'appréciation du *caractère propre* en matière de dessins et modèles tient compte, selon l'article L.511-4 CPI de « la liberté laissée au créateur ». Il nous semble justement que l'appréciation de la « liberté laissée au créateur » traduit la prise en compte d'un certain degré de créativité.

555. *Le principe de l'unité des propriétés intellectuelles.* En somme, les droits fondamentaux renforcent l'idée de l'unité des propriétés intellectuelles¹¹⁷⁰. Ces propriétés ont toutes en commun de constituer un droit fondamental à travers le droit de propriété. Il est alors logique que quelques grands principes soient applicables de façon transversale.

II – Les inégalités fondées sur la nature du support

556. *La matérialisation du bien créatif.* L'existence du droit de propriété sur des biens créatifs nécessite leur matérialisation. Autrement dit, il faut que la création intellectuelle soit matérialisée pour que le droit de propriété puisse s'appliquer. Cette exigence résulte logiquement de l'absence de protection des idées et des informations brutes. Mais il n'en demeure pas moins que la valeur économique de la création réside dans le bien immatériel. Par exemple, la valeur économique de la musique ne réside pas dans le disque ni dans le fichier MP3, mais dans la création intellectuelle. Toutefois, dans certains cas, la valeur

¹¹⁶⁹ M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crétion. Information, publicité, mode, photographies documentaire et esthétique industrielle...Droit belge, droit allemand, droit français*, Larcier/Bruylant/FEC, 1993, p. 250 et s., F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins* », Bruylant, 2000, p. 16. Le critère de l'intensité créatrice ne doit pas être confondu avec le « mérite ». Mme Buydens estime d'ailleurs que le refus français de distinguer selon le degré de créativité résulte d'une confusion avec la notion de mérite.

¹¹⁷⁰ Sur ce thème : S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse, Montpellier, 1999.

économique réside principalement dans le support de la création. C'est le cas notamment des œuvres d'art. Les dispositions du CPI ne sont cependant pas applicables à ces supports car, par définition, ce ne sont pas des biens intellectuels. Avant d'examiner en quoi ces différences de traitement sont parfois contestables, il faut d'abord les exposer.

557. *La communauté entre époux.* Le régime matrimonial du créateur offre une première hypothèse de discrimination fondée sur la nature matérielle du support du bien créatif. L'article L. 121-9 al. 1 du CPI prévoit ainsi que les droits moraux et les droits patrimoniaux de l'auteur ont un « *caractère propre* ». Ils n'entrent donc pas dans la communauté des époux¹¹⁷¹. Les produits pécuniaires et les fruits sont, en revanche, « *soumis au droit commun des régimes matrimoniaux* » ce qui signifie qu'ils entrent dans la communauté. Par conséquent, le droit de propriété sur le bien créatif est un bien personnel de l'époux créateur, tandis que les produits et les fruits de ce bien entrent dans la communauté. Cependant, si le législateur règle le sort du bien créatif, il ne prévoit pas le régime du support matériel de la création : entre-t-il dans la communauté ou bien constitue-t-il un « bien propre » du créateur ? Le problème se pose en particulier pour les œuvres d'art, dont la valeur réside essentiellement dans le support matériel. Les solutions jurisprudentielles demeurent confuses. La Cour d'appel de renvoi dans l'affaire *Bonnard* distingue selon que l'œuvre soit ou non divulguée. La divulgation a alors pour effet de faire entrer le bien matériel dans la communauté¹¹⁷². Mais la Cour de cassation en a jugé autrement dans l'affaire *Picabia*¹¹⁷³ en estimant que les supports d'œuvres non divulguées entrent dans la communauté lorsque l'auteur n'a pas manifesté la volonté de les modifier ou de les détruire.

558. *Le protectionnisme contractuel.* La seconde discrimination concerne la protection contractuelle offerte au créateur d'un bien créatif. À l'instar d'autres « parties faibles », telles que les salariés et les consommateurs¹¹⁷⁴, le législateur accorde un régime favorable à

¹¹⁷¹ En vertu du droit commun des régimes matrimoniaux, les biens à « caractère propre » n'entrent pas dans la communauté (art. 1404 du C. civ.).

¹¹⁷² CA Orléans, 18 février 1959, *D.* 1959, p. 440 note DESBOIS, *JCP G* 1959, II, 11141, note WEILL.

¹¹⁷³ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1971, *D.* 1971, p. 585, concl. LINDON, *RTD Civ.* 1971, p. 126, note NERSON, Voy. aussi l'analyse de F. KAUFFMANN, *Les créations intellectuelles et les régimes matrimoniaux*, thèse, Montpellier, 2006, n° 363.

¹¹⁷⁴ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney. Liber amicorum.*, LGDJ, Lextenso, 2008, p. 835, Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (Dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175. Pourtant, certains spécialistes du droit des contrats n'envisagent pas nécessairement le principe de non-discrimination comme méthode d'interprétation. Voy., par exemple, C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ, préf. F. LABARTHE, 2002.

l'auteur, ainsi qu'aux auxiliaires de la création. La protection du créateur se traduit par la mise en place d'un formaliste protecteur¹¹⁷⁵, grâce à des règles de fond avantageuses, telles que la prohibition de la cession globale des œuvres futures et le principe de rémunération proportionnelle. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux contrats relatifs aux supports de l'œuvre¹¹⁷⁶. Cela signifie que le créateur d'un bien créatif incorporé à un support matériel dont il n'est pas séparable comme par exemple une sculpture ou une œuvre architecturale, ne peut pas bénéficier des règles protectrices en matière contractuelle¹¹⁷⁷. Cette discrimination, ainsi que la précédente, vise donc principalement les créateurs d'œuvre d'art, dont le bien créatif est indissociable de son support matériel¹¹⁷⁸.

559. *L'objectif de protection du créateur.* Comme nous l'avons déjà précisé, les discriminations sont justifiées si des conditions objectives les exigent. Pour le déterminer, il faut prendre en compte les objectifs du législateur¹¹⁷⁹. Il nous semble justement que ces discriminations ne sont pas justifiées s'agissant des créateurs dont les biens sont incorporés dans un support matériel. Ces discriminations entrent en effet en contradiction avec l'objectif de protection du créateur. La situation de l'époux créateur est ainsi guidée par le caractère personnel de la création¹¹⁸⁰ : l'exclusion de la communauté repose sur un objectif de protection du créateur en raison du caractère personnel du bien. Il nous semble que le support matériel auquel est incorporé un bien créatif est également un bien personnel. Par exemple, une sculpture est « personnelle » au même titre qu'une création totalement immatérielle, comme une œuvre musicale. Par conséquent, l'objectif de protecteur du caractère

¹¹⁷⁵ L'article L. 131-2 du CPI impose un écrit pour les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle. Le formalisme protecteur impose ensuite de déterminer avec précision les droits cédés, à peine de nullité relative. L'article L. 131-3 CPI dispose ainsi que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

¹¹⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 21 novembre 2006, *JCP E* 2007, p. 1114, obs. A. LALLEMENT, *RTD Com.* 2007, p. 363, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.* 2007, p. 307, note Ph. ALLAEYS, s'agissant du contrat de cession de modèles. Voy. cependant un mouvement de jurisprudence tendant à étendre le formalisme protecteur : CA Paris, 4^o ch., 16 janvier 2004, *RIDA* 2004, p. 329, *GP* 2005, I, p. 632.

¹¹⁷⁷ Il faut noter que le législateur prévoit un « droit de suite » en faveur des artistes, ce qui leur permet de percevoir une rémunération à chaque vente du support du bien créatif. Le droit de suite substitue alors le principe de rémunération proportionnelle.

¹¹⁷⁸ P.-Y. GAUTIER, « L'art et le droit naturel », in *Arch. phil. dr.*, t. 40, *op. cit.*, p. 207.

¹¹⁷⁹ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. G. VEDEL, PUAM, 1997, n^o 345.

¹¹⁸⁰ PLAISANT, « Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux », *Mélanges Voirin*, LGDJ, 1967, p. 654, F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e ed., 2008, n^o 324, M. CRIONNET, *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, LGDJ, préf. A. FRANÇON, 1975, p. 257, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n^o 152, , *La propriété des œuvres d'art corporelles*, PUAM, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 2 tomes, 2003, n^o 236, COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e ed., 1996, n^o 257.

« personnel » de la création justifie un traitement identique du bien créatif immatériel et du support indissociable de celui-ci¹¹⁸¹. L'objectif de protection du créateur se trouve également au fondement du protectionnisme contractuel. Un parallèle est souvent établi entre l'auteur, le salarié et le consommateur qui sont en position inférieure par rapport à leurs cocontractants¹¹⁸². Il apparaît donc, par conséquent, que le refus d'appliquer ces règles aux contrats portant sur le support matériel indissociable constitue une discrimination injustifiée¹¹⁸³.

560. *La valeur de la création.* Il faut, en outre, convenir que le siège de la valeur de la création réside indifféremment dans le bien immatériel et dans le support matériel. Dans le cas des œuvres d'art, la valeur économique réside même davantage dans le support matériel. Il faut alors admettre que « la valeur doit être juridiquement la même, quelle que soit son assiette, corporelle ou incorporelle »¹¹⁸⁴. Pothier considérait ainsi que la valeur du support est « inestimable » et, par conséquent, ne saurait intégrer la communauté des époux¹¹⁸⁵. Nerson faisait remarquer de même que la « valeur virtuelle » de l'œuvre non divulguée réside dans le support matériel¹¹⁸⁶. Le principe de non-discrimination exige donc l'extension du régime protecteur des créations aux supports matériels indissociables de l'œuvre. En définitive, le

¹¹⁸¹ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 227, E. THIEBAULD, « Les œuvres d'art et la communauté conjugale », *RIDA* 1955, p. 131, G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 8^e ed., PUF, 1997, n° 42, COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 258, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 383, E. PIERROUX, *La propriété des œuvres d'art corporelles*, PUAM, Préf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 2 t., 2003, n° 830 et s., M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 302, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 217, Ch. MAMELI, *Le droit d'auteur dans le droit patrimonial de la famille : proposition pour une pleine prise en compte du caractère personnel du droit d'auteur*, thèse, Aix-Marseille III, 2007, p. 222 et s. *Contra* A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 152, MAZEAUD, *D.* 1959, O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, *op. cit.*, p. 169.

¹¹⁸² Par conséquent, la jurisprudence en déduit que le formalisme protecteur ne concerne pas les contrats entre personnes morales, ni les cessionnaires et sous-exploitants : Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, *Perrier, D.* 1994, jur. p., 166, note P.-Y. GAUTIER, *RTD Com.* 1994, p. 272, note FRANÇON.

¹¹⁸³ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 518, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 571, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 947, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 461, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 235 et n° 505. Des propositions de réforme vont d'ailleurs dans ce sens : article 24 du projet de Jean ZAY du 13 août 1936 et l'article 39.1 du projet de loi sur le droit d'auteur de 1947., *contra* Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 409, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 594.

¹¹⁸⁴ P.-Y. GAUTIER, « L'art et le droit naturel », *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁸⁵ Pothier note que « les manuscrits qu'un homme d'esprit a composés ne doivent pas non plus être compris dans l'inventaire, ce sont des choses inestimables, qui ne sont pas censées faire partie d'une communauté de biens », POTHIER, « Traité de la communauté », in *Œuvres de Pothier*, Paris, 1806, t. II, p. 145, cité par Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 217. Voy. aussi O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, *op. cit.*, p. 169 et s., pour qui « la valeur du bien matériel (divulgué ou non) est toujours déterminable, tandis que la détermination de la valeur de l'œuvre dépend de sa publication ».

¹¹⁸⁶ NERSON, *RTD Civ.* 1971, p. 126

principe d'indépendance des propriétés ne constitue pas un principe général du droit d'auteur¹¹⁸⁷, mais plutôt une règle de protection du créateur et de la création.

Section 2 – L'effectivité procédurale

561. *La défense en justice.* La défense en justice des droits fondamentaux permet leur concrétisation. Il s'agit d'une condition essentielle de l'effectivité des droits fondamentaux. Sans effectivité judiciaire, les droits fondamentaux ne seraient que « théoriques et illusoire » selon le vocabulaire de la Cour EDH. L'article 47 de la Charte DFUE prévoit en particulier que « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal* ». Le droit au juge du créateur est ainsi une condition de l'effectivité de son droit fondamental (§1). De plus, les droits fondamentaux s'attachent à la *qualité* du droit d'agir en justice. Un droit au « procès équitable » complète le droit d'accéder à un juge. L'article 6§1 de la Convention EDH stipule en particulier que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Le droit du créateur de défendre en justice son droit de propriété doit ainsi respecter les canons du procès équitable (§2).

§ 1 – Le droit au juge

562. Nous avons vu que l'arbitrage opéré par le législateur à travers le CPI conduit en principe à refuser l'attribution d'un droit privatif en faveur des créations non prévues par celui-ci. La défense en justice du droit de propriété concerne donc les titulaires d'un droit de propriété (I). La défense du droit de propriété n'appartient cependant pas seulement au créateur. Certains non-titulaires du droit de propriété bénéficient, en effet, du droit au juge par d'autres moyens (II).

I – Les titulaires du droit

563. *Le droit de la responsabilité civile et droit de propriété.* Le droit au juge bénéficie, en premier lieu, au créateur titulaire d'un droit de propriété sur le bien créatif. L'absence du droit

¹¹⁸⁷ X. PRES, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français. Le juge, l'administration, les usages et le droit d'auteur*, PUAM, préf. P.-Y. GAUTIER, 2004, n° 131.

de propriété sur une création ne signifie cependant pas que le créateur est dépourvu d'action en justice. Il peut notamment agir sur le fondement de l'article 1382 du C. civ. Les actions en concurrence déloyale et en parasitisme sont, en effet, des moyens de protéger les créations. Par définition, la recevabilité de ces actions n'est pas subordonnée à la détention d'un droit privatif. La Cour de cassation considère ainsi que « *l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif* »¹¹⁸⁸. Le recours à ces actions est d'ailleurs assez logique compte tenu de la nature de la liberté de création. Nous avons en effet observé que la liberté de création est une manifestation de la liberté du commerce et de l'industrie. Toute personne qui entraverait la liberté de création d'autrui, même non protégées par un droit privatif, lui causant un préjudice, doit donc en être tenue pour responsable. La faute réside ici en l'imitation ou la copie servile (intégrale ou partielle) de la création d'autrui. Les créateurs titulaires d'un droit de propriété bénéficient également d'un droit d'accès au juge afin de défendre leurs créations. Par principe, tous les titulaires du droit de propriété peuvent ester en justice afin de défendre leurs droits. Le rapport entre le droit de la responsabilité délictuelle et le droit de propriété évoque celui, déjà étudié, entre le droit de la responsabilité délictuelle et la liberté de création. Le rapport entre les infractions de presse de la loi de 1881 et l'article 1382 C. civ. soulève un même difficile conflit : dans quelle mesure le droit spécial fait-il obstacle à l'application du droit commun ? La jurisprudence règle de la même manière ces deux types de conflits en prévoyant que le droit commun s'applique logiquement de façon subsidiaire par rapport au droit spécial. S'agissant de la protection du bien créatif, la Cour de cassation admet ainsi l'application du droit commun en cas de preuve d'une « faute distincte »¹¹⁸⁹ de la contrefaçon.

564. *Les exceptions.* Mais le principe de défense par le créateur subit trois hypothèses de restriction. D'abord, le droit au juge du créateur est restreint en matière de création plurale. Ensuite, la création salariée entraîne un aménagement des conditions d'accès au juge. Enfin, le créateur peut consentir à une limitation du droit d'accéder à un juge étatique par le recours à l'arbitrage. Examinons plus en détail ces hypothèses.

565. *Le droit au juge des créateurs salariés.* En premier lieu, le droit d'accès à un tribunal est susceptible d'être restreint en raison de la qualité de salarié du créateur. Il faut pour cela

¹¹⁸⁸ Cass. com., 12 juin 2007, « *Bollé* », *Prop. Indus.* 2007, comm. 73, comm. J. LARRIEU, *D.* 2007, p. 1723, obs. E. CHEVRIER, *Contr., conc. consom.* 2007, comm. 249, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹¹⁸⁹ Cass. com., 5 juillet 2006, *CCC* 2006, n° 11, p. 23, note M. MALAURIE-VIGNAL, Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2007, *D.* 2007, p. 1138, note E. CHEVRIER, *Prop. Indus.* 2007, comm. 68, note J. LARRIEU.

distinguer la question de la défense des droits patrimoniaux et de celle des droits moraux. En effet, les droits patrimoniaux des salariés sont le plus souvent cédés à l'employeur. Par conséquent, la défense des prérogatives patrimoniales sur la création incombe à l'employeur. Mais, en toutes hypothèses, le créateur demeure titulaire des prérogatives morales. Partant, le salarié doit être en mesure d'accéder à un juge afin de défendre ses prérogatives morales. Il n'existe pas d'obstacle juridique à l'action du salarié en défense des prérogatives morales sur la création. Cependant, il existe un obstacle *de fait* à l'accès au juge du créateur salarié. En effet, l'accès au juge est délicat lorsque les atteintes au droit moral sont réalisées par l'employeur. Les rapports de subordination et de dépendance économique du salarié envers l'employeur découragent l'action en défense des prérogatives morales. Le salarié renoncera bien souvent à agir en défense de son droit moral s'il souhaite conserver des relations saines avec son employeur. L'absence d'autonomie du salarié conduit à restreindre son droit d'accès à un tribunal en vue de défendre ses prérogatives patrimoniales. Il semble cependant difficile d'envisager des moyens de dépasser cet obstacle de fait au droit au juge du créateur salarié¹¹⁹⁰.

566. *La défense du droit des cocréateurs.* Ensuite, le droit d'accès à un juge peut subir des restrictions en cas de création collective. C'est le cas en particulier en matière de création d'œuvre de collaboration. En effet, par principe, le co-auteur d'une œuvre de collaboration ne peut pas défendre seul son droit de propriété contre les atteintes commises par des tiers. La jurisprudence interprète l'article L.113-3 du CPI, prévoyant la règle de l'unanimité en matière d'indivision, comme obligeant le coauteur qui agit en justice en défense de la création commune, à appeler dans la cause les autres coauteurs lorsque les contributions sont inséparables, et ce à peine d'irrecevabilité¹¹⁹¹. Cette interprétation conduit-elle à restreindre le droit au juge du créateur en collectivité ? Pour y répondre, il faut noter que, malgré cette restriction, le coauteur demeure libre d'agir en défense des prérogatives patrimoniales sur ses contributions séparables et en défense du droit moral. De plus, la mise en cause des coauteurs

¹¹⁹⁰ Voy. sur ce constat et pour des propositions de réforme : G. BOUCRIS-MAITAL, *Créations et salariat*, thèse, Lyon 2, 2005.

¹¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 1988, *D.* 1989, jurispr., p. 482 note crit. P.-Y. GAUTIER, Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995, *D.* 1996, jurispr., p. 114, note crit. B. EDELMAN, Cass. crim., 13 décembre 1995, *D.* 1997, juris., p. 196, note B. EDELMAN, Cass. crim., 19 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 271, p. 800. Cette règle ne doit pas être confondue avec le régime procédural de l'action en contrefaçon lorsque l'œuvre de collaboration est l'œuvre contrefaisante : dans ce cas le demandeur à l'action en contrefaçon doit appeler à la cause l'ensemble des coauteurs de l'œuvre contrefaisante (Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2006, *JCP E* 2007, 1263, note A. SINGH et P. DETRIE, *Légipresse* 2007, III, p. 123, note A. ROBIN).

n'est pas exigée en cas d'action en référé ni en cas de constitution de partie civile¹¹⁹². Cette restriction au droit au juge paraît toutefois contestable sur le terrain de la légitimité du but poursuivi, qui est l'information du co-auteur de la défense de son droit de propriété. Mais, par analogie avec la propriété matérielle, l'information du coindivisaire n'est pas considérée par le législateur comme une condition nécessaire. En effet, l'article 815-2 al. 1 du C. civ. dispose que « *tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation du bien indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence* ». Or, l'action de défense du droit du coauteur est assimilable à une action visant la conservation de l'œuvre elle-même¹¹⁹³. Dès lors, pourquoi l'information du co-auteur serait-elle légitime si elle n'est pas nécessaire dans le domaine de la propriété matérielle ? En outre, le titulaire d'un droit indivis bénéficie d'une opposabilité *erga omnes* de son droit vis-à-vis des tiers¹¹⁹⁴. Le propriétaire indivis de droit commun est en principe recevable à agir seul en revendication de la propriété. De plus, l'article L. 613-29 du CPI ne prévoit pas une telle condition pour la défense des brevets. Le rôle des co-auteurs dans la création diffère selon les espèces (par exemple s'agissant d'une œuvre audiovisuelle, le rôle du réalisateur est plus important que dans le cadre d'autres formes de création plurale). Il ne semble, dès lors, pas logique de subordonner la défense de l'œuvre de collaboration à la mise en cause des auteurs dont la participation à la création est secondaire¹¹⁹⁵. Par conséquent, la restriction au droit du co-auteur de défendre sa création ne paraît pas justifiée du point de vue de la légitimité du but poursuivi, et porte donc atteinte au droit au juge.

567. *L'arbitrage des droits du créateur.* Le recours à l'arbitrage représente également une limite conventionnelle au droit d'accéder à un juge étatique¹¹⁹⁶. L'étude de l'arbitrage des droits du créateur apparaît particulièrement importante aujourd'hui. En effet, le droit d'auteur est devenu une composante importante des relations d'affaires. Le recours à l'arbitrage des droits d'auteur soulève deux questions. D'une part, les règles de compétence exclusive font-elles obstacle à l'arbitrage ? En cas de réponse positive, le recours à l'arbitrage serait impossible. D'autre part, l'ensemble des droits du créateur sont-ils arbitrables ? Existe-t-il des

¹¹⁹² Cass. crim, 13 décembre 1995, *op. cit.*

¹¹⁹³ P.-Y. GAUTIER, note sous Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 1988, *D.* 1989, jurispr., p. 482, Voy. les critiques de A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle. Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 346 et s.

¹¹⁹⁴ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 650, A. ROBIN, « L'action en justice des coauteurs d'une œuvre de collaboration », *Prop. Intell.* 2005, p. 323, spéc. p. 330.

¹¹⁹⁵ B. EDELMAN, *D.* 1996, p. 116.

¹¹⁹⁶ L'article 1458 du CPC prévoit l'incompétence du juge étatique lorsque l'arbitrage est prévu par les parties, Voy. plus largement, J.-P. CHEVALLIER, « L'accès au juge et l'arbitrage », *Just. & cass.* 2008, p. 57.

limites irréductibles au droit à l'accès au juge étatique ? En premier lieu, des règles de compétence exclusive sont prévues par le législateur. L'article L. 331-1 du CPI, tel qu'issu de la réforme du 4 août 2008, prévoit une règle de compétence exclusive en matière de droit d'auteur au profit des TGI. Néanmoins, par principe, les règles de compétence exclusive n'interdisent pas le recours à l'arbitrage. Par exemple, les dispositions du Code du travail attribuant, avant la réforme de 2008, la compétence exclusive au profit des Prud'hommes en matière de création salariée ne faisait pas obstacle à l'arbitrage¹¹⁹⁷. En outre, en matière de propriété industrielle, les règles de compétences judiciaires ne représentent pas des limites à l'arbitrage malgré les articles L. 615-17 et L. 716-4 du CPI¹¹⁹⁸. Par conséquent, les règles de compétence exclusive ne représentent pas des limites irréductibles à la renonciation contractuelle à l'accès au juge.

568. Ensuite, le recours à l'arbitrage suppose la réunion des conditions relatives aux droits arbitrables. Les matières arbitrables sont prévues par l'article 2059 du C. civ. qui dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». L'article 2060 ajoute qu'« *on ne peut compromettre [...] dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Les matières indisponibles et intéressant l'ordre public ne sont donc pas arbitrables. Appliquées aux droits des auteurs, ces conditions produisent des effets distincts. D'abord, les droits patrimoniaux de l'auteur ne relèvent pas de l'ordre public. Bien que certaines règles de protection de l'auteur soient des règles d'ordre public (exigence d'un écrit *ad validitatem*, rescision pour lésion en cas de rémunération forfaitaire), rien n'interdit à un arbitre d'appliquer ces règles¹¹⁹⁹. Par conséquent, la doctrine majoritaire considère que les droits patrimoniaux sont arbitrables¹²⁰⁰. Cependant, l'arbitrage des droits de l'auteur manque d'intérêt dans la mesure où l'arbitre ne peut ordonner de mesures conservatoires¹²⁰¹.

569. Enfin, l'arbitrabilité des droits moraux pose des difficultés particulières en raison des liens qu'ils entretiennent avec la personne de l'auteur. Tout d'abord, il faut relever que les

¹¹⁹⁷ Y. LEVY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique », *LPA*, 28 avril 2003, n° 84, p. 4.

¹¹⁹⁸ CA Paris, 1^o ch., C, 28 février 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 712, note T. AZZI, G. BONET, et C. JARROSSON, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 61

¹¹⁹⁹ Cass. com, 28 novembre 1950, « *Tissot* », *D.* 1951, p. 170, C. JARROSSON, *J-Cl. Commercial*, « Arbitrage commercial », fasc. 197, n° 54.

¹²⁰⁰ *Voy. largement Arbitrage et propriété intellectuelle*, Actes du colloque organisé par l'IRPI, Paris, 26 janvier 1994, IRPI, 1994, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, n° 99.

¹²⁰¹ B. OPPETIT, « L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 121, Y. LEVY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, p. 8.

droits moraux ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction car ils sont inaliénables. La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt ayant admis la transaction portant sur les œuvres d'autrui en raison de règles d'inaliénabilité du droit moral¹²⁰². Ensuite, la doctrine considère qu'en application de l'article 2059 du C. civ., les droits moraux ne sont pas susceptibles d'arbitrage en raison de leur caractère indisponible¹²⁰³. Mais, cette solution est critiquable¹²⁰⁴. En effet, en tant que droit de la personnalité, le droit moral n'est nécessairement pas absolu. De plus, comme nous l'avons indiqué, les droits fondamentaux ne sont pas, en principe, des droits absolus. Enfin, des auteurs admettent que l'arbitrage portant sur le droit à obtenir réparation d'une atteinte à un droit indisponible, et non directement sur le droit indisponible, est admissible¹²⁰⁵. Par conséquent, l'arbitrabilité du droit moral semble possible¹²⁰⁶. À titre de comparaison, la jurisprudence admet aujourd'hui plus largement l'arbitrage des droits de propriété intellectuelle. Cette tendance s'observe en particulier en matière de brevet. Selon la position traditionnelle du droit français, la validité d'un brevet est inarbitrable car il s'agit d'un titre délivré par l'Etat¹²⁰⁷. Pourtant, l'étude du droit comparé montre que l'arbitrabilité des titres de brevet est admis en droit américain, allemand et suisse, avec pour limite l'absence d'effet *erga omnes*¹²⁰⁸. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris a d'ailleurs admis l'arbitrage relatif à la validité d'un brevet en précisant que la sentence n'a d'effet qu'à l'égard des parties, et que l'arbitrage n'est valable que lorsque la validité est débattue « *de manière incidente* »¹²⁰⁹.

II – Le droit au juge des non-titulaires de droit

570. La défense de la création est également réalisée par des personnes non-titulaires de droits sur la création. Classiquement, le droit d'action appartient à celui qui a un « intérêt personnel et direct » à agir. Par conséquent, en vertu de l'adage « *nul ne plaide en France par*

¹²⁰² Cass. 1^{re} civ., 4 avril 1991, *Bull* n° 119.

¹²⁰³ B. OPPETIT, « L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins », *op. cit.*, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, n° 98 et s.

¹²⁰⁴ Ph. FOUCHARD, « Rapport de synthèse », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 139, Y. LEVY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété intellectuelle », *LPA* 28 avril 2003, n° 84, p. 4, M. JOSSELIN-GALL, « Arbitrage et propriétés intellectuelles », *Droit et patr.* 2002, p. 105.

¹²⁰⁵ B. OPPETIT, « L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins », *op. cit.*, Ph. FOUCHARD, « Synthèse », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, p. 139, Y. LEVY, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁰⁶ La question demeure discutée : B. MONTELS, « Pratique contractuelle. La clause de médiation et d'arbitrage dans les contrats de l'audiovisuel », *Com. com. élect.* janvier 2011, p. 1.

¹²⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *PIBD* 2004, III, p. 345, TGI Paris, 3 février 1992, *RTD Com.* 1993. 293, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN.

¹²⁰⁸ C. LECUYER-THIEFFRY, « L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle. En droit comparé. Etats-Unis », in *Arbitrage et propriété intellectuelle* *op. cit.*, p. 83 et s., F. PERRET, « L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle en droit comparé. Suisse/Allemagne/Italie », in *Arbitrage et propriété intellectuelle* *op. cit.*, p. 73 et s.

¹²⁰⁹ CA Paris, 1^o ch., C, 28 février 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 712, note T. AZZI.

procureur », il n'est pas permis en principe d'agir en défense de l'intérêt général ou de l'intérêt d'autrui. Il existe pourtant des hypothèses dans lesquelles l'effectivité du droit fondamental de propriété sur le bien créatif commanderait d'admettre l'action de non titulaire du droit. Dans un contexte international et fortement concurrentiel, la défense de la propriété du bien créatif nécessite que le demandeur soit suffisamment puissant financièrement, comme peuvent l'être les entreprises ou les sociétés de gestion collective.

571. *Intérêt d'autrui et intérêt collectif.* Il existe ainsi des hypothèses où les entreprises et les sociétés de gestion collective sont autorisées à agir en défense des intérêts d'autrui (A) ou de l'intérêt collectif (B).

A – L'action au nom de l'intérêt d'autrui

572. *La technique du mandat.* L'action en défense d'une création d'autrui doit être envisagée différemment selon que la personne dispose ou non d'un *mandat*. Si elle bénéficie d'un mandat pour agir au nom du créateur, l'action d'autrui ne pose pas de difficulté. En revanche, l'absence de mandat fait, en principe, obstacle à l'action en défense des créations d'autrui. La loi l'admet pourtant dans certains cas. Par exemple, le législateur autorise, dans certains cas limitativement énumérés, les syndicats de salariés à agir en leur nom pour la défense des intérêts de ces derniers. C'est le cas par le jeu de l'article 1263-1 du CPC, résultant du décret du 20 août 2008, qui autorise l'action d'associations en faveur de victimes de discrimination. Les associations peuvent alors agir en faveur des créateurs salariés. Au-delà de ce « droit commun » de l'action au bénéfice d'autrui, il existe deux hypothèses propres au droit de la création. Il s'agit de l'action des sociétés de gestion collective et des licenciés.

573. *Les sociétés de gestion collective.* En premier lieu, le droit d'accès à un tribunal bénéficie, dans une certaine mesure, aux sociétés de perception et de répartition de droits (SPRD). Les articles L. 321-1 al. 2 et L. 331-1 du CPI prévoient, en des termes similaires, que les SPRD « *ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge* ». En principe, les SPRD agissent en faveur des créations relevant de leur répertoire¹²¹⁰. Cette hypothèse ne pose pas de difficulté. Mais, par exception, la question de la défense des intérêts individuels des *non-membres* divise la jurisprudence. Certaines décisions ont admis l'action des SPRD en faveur de la défense des intérêts des non-

¹²¹⁰ De jurisprudence constante, la Cour de cassation considère que la règle selon laquelle « nul ne plaide par procureur » est inefficace lorsque la représentation est prévue par la loi (Cass. crim, 25 octobre 1988, *RIDA* 1989, n° 1, p. 174).

membres¹²¹¹. D'autres, en revanche, l'ont refusé¹²¹². En vertu de l'adage selon lequel « *nul ne plaide par procureur* », et en l'absence d'intérêt personnel à agir, le droit français édicte une interdiction de principe des actions de groupements au profit des intérêts individuels d'autrui. De façon générale, la jurisprudence relative aux « ligues de défense », si elle autorise les associations à agir au plan civil au profit de ses membres, exclut qu'elles puissent agir en faveur des intérêts individuels des non-membres¹²¹³. Dans tous les cas, la défense d'intérêts individuels d'autrui suppose une habilitation législative ou jurisprudentielle¹²¹⁴. Partant, en l'absence d'autorisation législative ou prétorienne, les SPRD sont en principe incompétentes pour défendre les droits des créateurs non-membres¹²¹⁵. Une telle reconnaissance législative s'inscrirait, par ailleurs, dans le mouvement de reconnaissance aux syndicats et aux associations d'un droit d'action au profit des tiers. Selon M. Lebras, ce mouvement général « préfigure d'autres textes qui iront dans le même sens »¹²¹⁶.

574. *Le droit de ne pas défendre le bien créatif.* De plus, l'admission de la qualité à agir des SPRD pour défendre le droit patrimonial des non-membres heurte plusieurs droits fondamentaux¹²¹⁷. D'abord, l'admission de la qualité à agir des SPRD pour défendre les droits des non-membres porterait atteinte au droit fondamental à l'accès au juge ou, plus précisément, à son corollaire, le *droit de ne pas défendre son droit*. Une telle solution conduirait à négliger « la liberté de ne pas être contraint d'agir par un tiers »¹²¹⁸. Sans pour autant renoncer à ses droits patrimoniaux, le créateur doit pouvoir légitimement en refuser la défense. Ensuite, la solution consistant à admettre la capacité à agir des SPRD porterait atteinte au droit de libre disposition des biens, corollaire du droit de propriété¹²¹⁹. En particulier, l'action en faveur des non-membres heurterait le choix de certains créateurs de ne pas défendre leurs créations. Par exemple, le mouvement du « *libre de droit* » (notamment la

¹²¹¹ CA Paris, 4^o ch., sect. A, 27 février 1990, *D.* 1991, p. 300, note I. WEKSTEIN, CA Paris, 4^o ch., sect. A, RG 04/09292, 8 juin 2005, CA Paris, 4e ch. B, 14 novembre 2008, *Prop. Intell.* 2009, n^o 31, p. 177, obs. BRUGUIERE.

¹²¹² CA Paris, 10 juillet 1990, *RIDA* 1991, n^o 1, p. 315, TGI Paris, 21 janv. 2009, *inédit*, cité par J.-M. BRUGUIERE, in « La recevabilité de l'action des SPRD à agir en contrefaçon pour les créateurs non-membres », *JCP E* 2009, p. 1471.

¹²¹³ civ., 23, juillet 1918, *DP* 1918, 52.

¹²¹⁴ S. GUINCHARD et alii., *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, *op. cit.*, n^o 150.

¹²¹⁵ N. BINCTIN, « La qualité à agir des SPRD pour les non-membres », *Légipresse* 2009, n^o 261, p. 52.

¹²¹⁶ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, par. T. LE BRAS, Montchrestien, 2006, n^o 93.

¹²¹⁷ J.-M. BRUGUIERE, « La recevabilité de l'action des SPRD à agir en contrefaçon pour les créateurs non-membres », *JCP E* 2009, p. 1471.

¹²¹⁸ S. GUINCHARD et alii., *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, coll. « Précis », 29^e ed., 2008, n^o 92.

¹²¹⁹ Cons. const., 89-254 DC, 4 juillet 1989, JO du 5 juillet 1989, p. 8382, cons. 9 et 10, Rec. p. 41. Voy. en ce sens J.-M. BRUGUIERE, « La recevabilité de l'action des SPRD à agir en contrefaçon pour des créateurs non-membres », *op. cit.*, n^o 9.

création sous licences *creatives commons*) revendique la libre représentation, reproduction et modification des œuvres placées sous ce régime. Dès lors, admettre l'action des SPRD en faveur des créations « *libres de droit* » heurte le principe de libre disposition de ses biens.

575. Il existe pourtant deux hypothèses dans lesquelles l'accès au juge des SPRD en faveur des non-membres devrait être admis en faveur des SPRD. Il s'agit tout d'abord des hypothèses où la gestion collective est obligatoire. En effet, dans la mesure où elle sont compétentes pour *gérer* les droits, elles devraient l'être également pour les *défendre*. La CJUE a d'ailleurs admis ce raisonnement de façon implicite, en admettant que « *lorsqu'une société de gestion collective est réputée être chargée de gérer les droits d'un titulaire de droits d'auteur ou de droits voisins n'ayant pas confié la gestion de ses droits à une société de gestion collective, cette société dispose du pouvoir d'exercer le droit de ce titulaire d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblo-distributeur de retransmettre par câble une émission, et, par conséquent, la gestion par ladite société des droits dudit titulaire ne se limite pas aux aspects pécuniaires de ces droits* »¹²²⁰ (souligné par nous). En ne les limitant pas aux « aspects pécuniaires », leurs prérogatives pourraient inclure la défense en justice des créations de non-membres. Ensuite, la défense en justice des *œuvres orphelines* pourrait être confiée aux SPRD¹²²¹. Il s'agirait alors d'une véritable hypothèse d'action pour autrui, car les œuvres orphelines ne sont ni des œuvres abandonnées ni des œuvres du domaine public, mais des créations dont la paternité n'est pas établie.

576. *L'action des licenciés.* L'action en défense des créations par les licenciés est également controversée¹²²². Par principe, les licenciés ne sont pas *titulaires* de droit sur la création, c'est-à-dire qu'ils n'en sont pas propriétaires. Par conséquent, ils ne peuvent pas agir en contrefaçon¹²²³. Un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2009 constate ainsi le défaut de qualité à agir au motif que « *la simple autorisation de reproduire une œuvre délivrée par le*

¹²²⁰ CJUE, 1^{er} juin 2006, C-169/05, *Uradex c. RTD et Brutel*, pt. 25.

¹²²¹ Voy. en ce sens la proposition du CSPLA in J. MARTIN, S.-J. LIEBER, *Rapport du Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique. Commission sur les œuvres orphelines*, 19 mars 2008, p. 18. Disponible sur <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr> (avril 2010). MM. Lucas proposent la création d'une action collective *ad hoc* dans le cadre d'une gestion collective « étendue » (A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 917). De façon moins tranchée : M.-H. FABIANI, « La diffusion et l'appropriation des œuvres orphelines à l'occasion de l'affaire Google », *GP* 19 juin 2010, n° 170, p. 15.

¹²²² Par opposition aux *créanciers*, les licenciés n'ont pas contracté en vue d'exercer les droits sur la création. Le contrat de licence ne prévoit pas de transfert des droits réels sur la création. Les licenciés sont autorisés à utiliser, distribuer ou commercialiser la création.

¹²²³ Cass. 1^{er} civ., 22 janvier 2009, *op. cit.* Toutefois, l'action en concurrence déloyale leur est ouverte dans la mesure où des actes de contrefaçon causent un préjudice de concurrence (Cass. com, 31 mars 2004, *Prop. Indus.* 2004, comm. 75, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI).

titulaire des droits d'auteur n'investit pas son bénéficiaire de ces droits »¹²²⁴. Mais, la Cour ajoute que « *de sorte qu'en se fondant sur ces seuls motifs impropres à justifier la qualité à agir en contrefaçon, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* » (souligné par nous). La précision des termes « *en se fondant sur ces seuls motifs* » laisse penser que le défaut de titularité des droits ne représente pas un obstacle insurmontable à l'action des licenciés. La réunion d'autres motifs pourrait conduire à admettre la qualité à agir des licenciés. Une telle solution ne serait d'ailleurs pas surprenante. En effet, la titularité du droit d'action ne doit pas être confondue avec celle du droit subjectif. L'absence de droit subjectif ne signifie pas l'absence du droit d'agir¹²²⁵. D'ailleurs, l'absence de titularité des prérogatives patrimoniales n'exclut pas l'action des organismes de défense professionnelle, ni celle des licenciés exclusifs des droits des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes¹²²⁶. Cependant, en vertu de l'article 31 du CPC, prévoyant que « *la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie [...] pour défendre un intérêt déterminé* », une consécration légale est nécessaire afin de reconnaître le droit d'action des licenciés. De plus, une telle consécration devrait logiquement être subordonnée à la passivité du titulaire de droits. En effet, l'action des licenciés ne peut être exercée en même temps que celle des titulaires de droits. Par ailleurs, MM. Lucas proposent d'accorder l'action en contrefaçon au profit des licenciés *exclusifs* uniquement, afin de ne pas autoriser un trop grand nombre d'actions.

577. Enfin, dans le cadre de la législation mise en place depuis 2006 visant à lutter contre le téléchargement, l'article L.336-2 du CPI reconnaît aux SPRD, aux cessionnaires et aux organismes de défense professionnelle la compétence de saisir un TGI en vue d'ordonner « *toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin* »¹²²⁷. Ainsi, le droit d'accéder à un juge en vue de la défense d'un intérêt individuel tend à conquérir de nouveaux territoires, et, partant, à affermir l'effectivité du droit au juge.

¹²²⁴ Cass. 1^{re} civ. 22 janvier 2009, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 32, note Ch. CARON, *Prop. Intell.* 2009, n° 31, p. 169, note A. LUCAS.

¹²²⁵ Voy. les nombreux manuels de procédure civile et de droit judiciaire privé et notamment L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2009, 6^e ed., p. 211 et s.

¹²²⁶ Article L. 331-1 al. 3 CPI : « *Le bénéficiaire valablement investi à titre exclusif, conformément aux dispositions du livre II, d'un droit exclusif d'exploitation appartenant à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en justice au titre de ce droit. L'exercice de l'action est notifié au producteur* ».

¹²²⁷ Article L. 336-2 du Code de la Propriété Intellectuelle.

B – L'action au nom de l'intérêt collectif

578. Ensuite, les SPRD ont qualité pour agir en faveur de la défense des intérêts collectifs des créateurs. La défense des intérêts collectifs d'une profession est une figure classique du droit des procédures, appliquée depuis longtemps en faveur des syndicats¹²²⁸. La recevabilité de l'action suppose qu'elle soit prévue par la loi. Par exemple, une action tendant à sanctionner « *le préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif* » d'une profession est reconnue aux syndicats professionnels¹²²⁹. De même, le législateur reconnaît de façon large l'action des groupes de consommateurs¹²³⁰. À cet égard, le législateur de 1957 a prévu en matière de création la capacité d'ester en justice des organismes de défense professionnelle. L'article L. 331-1 du CPI dispose à cet effet que « *les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge* ». Dans l'esprit du législateur de 1957, cette catégorie devait essentiellement couvrir les sociétés de gestion collective¹²³¹. Mais, la capacité d'ester en justice demeure ouverte à d'autres acteurs. Par exemple, la jurisprudence a reconnu l'intérêt à agir de syndicats professionnels, dont *l'Agence de protection des programmes*¹²³². Le législateur a d'ailleurs multiplié les cas de défense d'intérêts collectifs des créateurs. Ainsi, le législateur est intervenu en 1994 afin d'admettre que le *Centre national de la cinématographie*, devenu le *Centre national du cinéma et de l'image animée*, puisse « *exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne le délit de contrefaçon d'une œuvre audiovisuelle lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée* »¹²³³.

C – Le droit au juge des cessionnaires de droits

579. *Les cessionnaires.* Par principe, le droit d'action est admis au profit des cessionnaires des prérogatives patrimoniales¹²³⁴. En tant que titulaires des droits sur la création, il est logique qu'ils jouissent de ce droit. Corrélativement, la cession des droits a pour effet de

¹²²⁸ Ch. Réunies, 5 avril 1913, *DP* 1914.1.65, note NAST, *S.* 1920, 1, 49, note MESTRE. Solution ensuite codifiée par l'article L. 411-11 du Code du travail.

¹²²⁹ Article L. 2132-3 c. trav.

¹²³⁰ Article L. 421-1 c. cons.

¹²³¹ « La procédure et les sanctions », *RIDA* avril 1958, n° spécial, p. 407.

¹²³² T. corr., Paris, 12 décembre 1997, *Expertises* 1998, p. 272, note V. BEAUJARD.

¹²³³ Article L. 331-3 CPI. Auparavant, le Centre national de la cinématographie n'était pas recevable à agir en contrefaçon des droits des auteurs, n'étant pas titulaire de ces droits (Cass. crim., 10 mai 1993, *Bull. crim.*, n° 169).

¹²³⁴ CA Paris, 3 juin 1961, *Gaz. Pal.* 1961, 2, p. 16, concl. DESANGLES, CA Paris, 10 mars 1983, *RIDA* 1983, n° 3, p. 105.

priver le créateur du droit d'agir en justice pour défendre les prérogatives patrimoniales attachées à la création¹²³⁵. Cependant, une cession *exclusive* des droits patrimoniaux est-elle nécessaire pour agir ? La question de l'exclusivité est importante car, dans le cas contraire, plusieurs cessionnaires pourraient agir *en même temps* en défense d'un même bien créatif. Logiquement, le législateur prévoit des conditions d'exclusivité en matière de dessins et modèles (article L. 521-2 CPI) et de brevet (article L. 615-2 CPI). Des réformes récentes ont de même consacré un droit d'agir au profit des licenciés du droit des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes (article L. 331-1 al. 3 du CPI introduit par la réforme par la loi du 29 octobre 2007) et des cessionnaires de droits d'exploitation de dessins et modèles (article L. 521-2 du CPI introduit par la loi du 29 octobre 2007). Une solution identique devrait être prévue en matière de droit d'auteur¹²³⁶. Ce n'est pourtant pas le cas.

580. *La présomption de cession au profit des personnes morales.* Les personnes morales sont titulaires des droits fondamentaux de la création, soit *ab initio* à travers la figure de l'œuvre collective, soit en qualité de cessionnaire. De plus, en tant que sujet de droit fondamental, les personnes morales jouissent du droit au juge. Par conséquent, les personnes morales doivent logiquement pouvoir accéder au juge pour défendre leurs créations dont elles sont créatrices *ab initio*. La jurisprudence leur reconnaît classiquement un tel pouvoir en matière d'œuvre collective¹²³⁷. Elles devraient également pouvoir agir en justice en défense des droits patrimoniaux dont elles sont cessionnaires. Pour le permettre, la jurisprudence prévoit une présomption de cession en faveur des personnes morales exploitant une création « *en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques* »¹²³⁸. Les fondements juridiques invoqués afin de justifier la présomption sont variables. Parfois, la jurisprudence fait reposer la présomption de cession sur la *possession* du droit par les personnes morales¹²³⁹. Il s'agit alors d'une transposition de l'article 2279 du C. civ. aux propriétés incorporelles. Mais, ce fondement demeure controversé en raison des spécificités

¹²³⁵ Cass. crim, 19 mars 1926, *GP* 1926, 1, p. 688, Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2007, *RTD Com.* 2007, p. 544, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.* 2007, act. P. 1280, *Prop. Intell.* 2007, p. 332, note J.-M. BRUGUIERE. Par exception, un arrêt du 24 février 1998 a admis l'action en contrefaçon de l'auteur qui a cédé ses droits d'exploitation. L'arrêt, critiqué (FRANÇON, *RTD Com.* 1998, p. 592), relatif à une cession à une société de gestion collective, est expliqué par la nature fiduciaire de la cession (F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1251, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 798).

¹²³⁶ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 914, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1249, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 796.

¹²³⁷ CA Paris, 18 avril 1991, *RIDA* juillet 1992, p. 166.

¹²³⁸ Cass. 1^{ère} civ. 24 mars 1993, *RTD Com.* 1995, p. 418, obs. A. FRANÇON, *JCP G* 1993, II, 22085, note F. GREFFE. A noter que le législateur n'a pas saisi l'occasion de transposer l'article 5 de la directive du 29 avril 2004 qui prévoyait une telle présomption.

¹²³⁹ Cass. 1^{ère} civ. 24 mars 1993, *op. cit.*, Cass. 1^{ère} civ. 31 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 287, note COLOMBET, Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *JCP* 1998, IV, 3316, *RTD Com.* 1999, p. 393, n° 2, obs. J. AZEMA.

des propriétés incorporelles¹²⁴⁰. Parfois, les juges se basent sur l'article L. 113-1 ou l'article L. 113-5 du CPI¹²⁴¹. Afin de palier cette relative insécurité de fondement juridique, M. Caron propose de consacrer un principe général du droit consacrant cette présomption¹²⁴². À notre sens, la présomption de titularité des personnes morales exploitantes est également justifiée par le droit fondamental à l'accès au juge. En effet, le droit au juge permet de combattre des obstacles de fait ou de droit à l'accès à la justice. Ces difficultés probatoires entrent certainement dans la catégorie des obstacles juridiques qui exercent une entrave au droit d'accès à la justice. La disproportion résulte du décalage entre l'exigence de preuve de la titularité des droits, souvent difficile, et l'exigence d'accorder une protection effective aux créations, bien souvent exploitées par des personnes morales. Dans la mesure où des personnes morales font créer à son profit un grand nombre d'œuvres, il semble de bonne justice de ne pas paralyser l'action pour des motifs probatoires. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation, admettant une présomption de titularité au profit des personnes morales exploitant la création, permet de rendre effectif le droit au juge.

§ 2 – Le droit à un procès équitable

581. Les procédures destinées à protéger les droits du créateur doivent satisfaire aux exigences du procès équitable. Ce principe général est notamment affirmé par l'article 42 al. 2 des ADPIC, selon lequel « *les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle seront loyales et équitables. Elles ne seront pas inutilement complexes ou coûteuses; elles ne comporteront pas de délais déraisonnables ni n'entraîneront de retards injustifiés* ». L'application du droit au procès équitable ne pose pas réellement de difficultés dans les procédures ordinaires (I). Il en soulève en revanche davantage dans les procédures hors procès (II).

I – Dans les procédures ordinaires

582. *Le droit à un « bon juge ».* La garantie du droit à un procès équitable suppose d'abord le droit à un « bon juge ». Par cette expression, il faut entendre que les qualités intrinsèques de l'organe de jugement doivent revêtir certaines qualités. Ainsi, le procès équitable suppose que le juge soit indépendant et impartial. En matière de créations, quelques spécificités

¹²⁴⁰ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. « NBT », 2001, n° 399 et s.

¹²⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 22 février 2000, D. 2001, somm. p. 2635, obs. P. SIRINELLI, Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1996, RIDA 3/1996, p. 341.

¹²⁴² Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 530

procédurales méritent notre attention. Il s'agit d'abord de la généralisation du juge unique en matière de contrefaçon commise par des moyens de communication électronique. Elle peut représenter un affaiblissement de la garantie du droit à un bon juge. En effet, une décision prise par plusieurs juges est plus juste et équilibrée. Cependant, le droit français, et plus largement les droits fondamentaux, ne prévoient pas que la collégialité soit une garantie du droit à un procès équitable¹²⁴³. En l'absence d'un tel droit, le débat est le plus souvent porté sur le terrain du principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que le principe d'égalité des citoyens devant la loi interdit que des justiciables placés dans une même situation et poursuivis pour les mêmes infractions soit jugés par des juridictions composées selon des règles différentes¹²⁴⁴. Le principe d'égalité a été invoqué devant le juge constitutionnel à l'encontre des dispositions de la loi Hadopi prévoyant la compétence d'un juge unique en matière de contrefaçon commise par voie de communication électronique. En raison de l'ampleur du phénomène de la contrefaçon sur Internet, le Conseil constitutionnel considère que l'institution d'un juge unique ne porte pas atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la justice¹²⁴⁵. Au contraire, l'institution d'un juge unique permet de répondre à la multiplication des contentieux et, partant, d'assurer la célérité de la justice face au risque d'encombrement des juridictions.

583. Ensuite, les juges compétents pour juger de la création sont, en pratique, des juges spécialisés. En effet, les TGI sont exclusivement compétents pour connaître des litiges relatifs au droit d'auteur. La compétence exclusive est prévue par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, codifiée aux articles L.331-1 et R.331-1-1 du CPI. Des dispositions analogues étaient déjà prévues en matière de propriété industrielle avant cette réforme. Par conséquent, les Conseils des prud'hommes et les tribunaux de commerce ne sont plus compétents. En revanche, la réforme n'a pas exclu la compétence des juridictions administratives lorsque sont en cause les créations des agents publics. La compétence quasi-exclusive des TGI vise à assurer une certaine sécurité juridique en faveur des titulaires de droit sur la création par l'harmonisation de la jurisprudence¹²⁴⁶.

584. *La protection de la vie privée du contrefacteur.* La protection de la vie privée du contrefacteur constitue une limite au droit au juge des créateurs. La lutte contre la contrefaçon

¹²⁴³ M.-A. COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition », *RFDC* 2006/68, p. 713.

¹²⁴⁴ Cons. const., 23 juillet 1975, 75-56 DC, cons. 2.

¹²⁴⁵ Cons. const., 22 octobre 2009, 2009-590 DC, cons. 11.

¹²⁴⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1266.

de masse par Internet, par la voie du *peer to peer* ou du *streaming*, met en jeu la protection de la vie privée des internautes. Tout particulièrement, la collecte des adresses IP des internautes cristallise la confrontation entre la défense des droits des créateurs et la protection de la vie privée. En effet, les adresses IP des internautes constituent des données à caractère personnel. Par conséquent, les créateurs (fut-ce par l'intermédiaire de société de gestion collective) ne sont pas nécessairement admis à collecter ces informations en vue de défendre leurs droits. Appelée à se prononcer quant à la conciliation de ces droits, suite à une question préjudicielle d'un juge espagnol, la CJUE a rendu une décision de principe *Promusicae*¹²⁴⁷ par laquelle elle autorise une atteinte au droit à la protection de la vie privée. La CJUE répond que le droit communautaire autorise « *les Etats membres à prendre des mesures limitant l'obligation de confidentialité des données personnelles lorsque cette limitation est nécessaire notamment pour la protection des droits et libertés d'autrui* »¹²⁴⁸. Elle estime toutefois que la communication de données personnelles suppose la mise en œuvre de « *garanties suffisantes* ». Lors du contrôle de la loi HADOPI, le Conseil constitutionnel français a également été amené à apprécier la conciliation du droit au respect de la vie privée et de la protection des droits du créateur¹²⁴⁹. Il rappelle qu'il appartient au législateur « *d'assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la protection du droit de propriété* »¹²⁵⁰. Afin de satisfaire à l'exigence de proportionnalité, il indique que la collecte des informations personnelles par des personnes privées doit viser l'exercice d'un recours juridictionnel devant une autorité administrative ou judiciaire, et que la CNIL doit s'assurer que les modalités de leur mise en œuvre demeurent proportionnées à cette finalité¹²⁵¹.

585. *La protection de la liberté de communication du contrefacteur.* En plus du droit à la protection de la vie privée, la protection du droit de propriété des créateurs suppose de respecter la liberté d'expression et de communication des utilisateurs. En particulier, l'examen de la loi HADOPI par le Conseil constitutionnel a donné lieu au contrôle de la sanction de la contrefaçon au regard de la liberté d'expression¹²⁵². Rappelons que la loi

¹²⁴⁷ CJUE, 29 janvier 2008, C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c. Telefonica de Espana SAU*, CJUE, 19 février 2009, aff. C-557-07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH c. Tele2 Telecommunication GmbH*.

¹²⁴⁸ CJUE, 28 janvier 2008, *Promusicae*, *op. cit.*, cons. n° 53.

¹²⁴⁹ Cons. const., 10 juin 2009, Déc. n° 2009-580 DC.

¹²⁵⁰ 2009-580 DC, cons. 22 et 24.

¹²⁵¹ *Ibid.*, cons. 24 et s.

¹²⁵² M. VERPEAUX, « La liberté de communication avant tout - la censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2009, p. 274.

examinée prévoyait la coupure de l'accès à Internet des contrefacteurs. La juridiction constitutionnelle pose à cet égard que « *le droit de parler écrire et imprimer librement, garanti par l'article 11 de la Déclaration de 1789, implique la liberté d'accéder à internet* »¹²⁵³. Le Conseil constitutionnel ajoute, par une formule largement inspirée de celles de la Cour EDH, que « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* »¹²⁵⁴. Par conséquent, « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »¹²⁵⁵. Ainsi, « *eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* »¹²⁵⁶.

586. La procédure de saisie-contrefaçon, consistant en la saisie des exemplaires du présumé contrefacteur avec l'assistance d'un expert, a connu des adaptations sous l'effet des droits fondamentaux. Le problème soulevé repose sur la qualité de l'expert assistant à la saisie. En effet, les garanties du procès équitable sont étendues à la fonction d'expertise¹²⁵⁷. Le droit à l'expertise équitable a été consacré par la Cour EDH par l'arrêt *Mantovanelli*¹²⁵⁸. Il suppose que l'expert soit indépendant. Celle-ci est appréciée à l'égard des pouvoirs exécutif et judiciaire, mais également à l'égard du juge et des parties¹²⁵⁹. En effet, la décision du juge ne doit pas totalement dépendre de la décision de l'expert. De même, des liens trop prononcés entre un expert et une partie ruinerait l'objectivité de l'expertise. Ensuite, l'expertise doit être réalisée de manière à assurer le principe de *l'égalité des armes et du contradictoire*. Toutefois, le droit à l'expertise équitable n'est pas absolu et la Cour EDH considère qu'il se

¹²⁵³ *Ibid.*, cons. 12.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, cons. 15.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

¹²⁵⁶ *Ibid.*, cons. 16.

¹²⁵⁷ H. MOTULSKY, « Notions générales », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux de recherche de l'Institut de droit comparé de Paris, XXXII, Paris, Éd. de l'épargne, 1969, p. 18, J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à "l'expertise équitable" », *D.* 2000, chron. p. 111, O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2005, p. 349 et s., S. GUICHARD et alii, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, n° 1304, G. ROUSSEAU et P. DE FONTBRESSIN, *L'expert et l'expertise judiciaire en France. Théorie – Pratique – formation*, Bruylant, 2008, 2^e ed., p. 549 et s.

¹²⁵⁸ Cour EDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*.

¹²⁵⁹ Cour EDH, 18 juin 1997, *De Wilde c. Belgique*. CE, 29 mai 2002, *Vaillant, RFDA* 2003-948. Le Conseil d'Etat conserve une position en retrait : il admet difficilement la rupture d'indépendance des juges. Cependant, le Conseil d'Etat a jugé que porte atteinte au principe d'indépendance la présence d'un chirurgien-dentiste conseil du service médicale de la CPAM dans la composition de la section des assurances sociales du conseil régional de l'ordre des chirurgiens-dentistes

limite au droit de « *participer de manière adéquate* » à l'expertise « *devant le tribunal* ». Plus globalement, la Cour EDH et la CJUE considèrent que le mode d'administration de la preuve doit respecter les garanties de l'expertise équitable¹²⁶⁰.

587. Une controverse relative à la qualité de l'expert lors des procédures de saisies-contrefaçon, dont la présence est autorisée en vertu de l'article L.615-5 du CPI, a animé la pratique judiciaire durant les années 2000. L'application des garanties procédurales du procès équitable a même été qualifiée de « trouble obsessionnel compulsif »¹²⁶¹. Cette question déborde aujourd'hui le cadre des brevets dans la mesure où le législateur a étendu par la loi du 29 octobre 2007 les procédures de saisie à l'ensemble des titulaires de droit de propriété intellectuelle (article L. 332-1 al. 2). L'incertitude portait sur la garantie de l'expertise équitable dans la mesure où l'expert dont la présence est autorisée était le plus souvent le salarié ou le conseil du saisissant. La Cour de cassation a tranché cette question en considérant que la présence lors de la saisie d'un expert insuffisamment indépendant, en raison d'un lien de subordination avec le requérant, porte atteinte à l'article 6§1 de la Convention EDH¹²⁶². Cependant, l'impartialité et l'indépendance de l'expert sont préservées dès lors que le Conseil en Propriété Industrielle, bien que conseil habituel de la partie saisissante, n'est pas le préposé du requérant¹²⁶³. La Cour de cassation considère donc que le droit à une expertise équitable est préservé lorsque l'expert exerce une profession indépendante et n'est pas le subordonné du saisissant.

588. La saisie contrefaçon est une procédure initiée de façon non contradictoire, mais dont le déroulement doit respecter le principe du contradictoire¹²⁶⁴. Il semble cependant que la solution retenue par la Cour de cassation en matière de brevets ne soit pas pleinement satisfaisante. En effet, le conseil habituel de la partie saisissante n'est pas indépendant au regard de ses relations avec le demandeur. L'absence d'indépendance risque d'influencer l'huissier. En effet, la conception moderne de l'expertise suppose que l'expert soit

¹²⁶⁰ CJUE, 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C-276/01, § 71.

¹²⁶¹ Ch. LE STANC, « Le titulaire de la marque, l'expert de son choix, les droits de l'homme et le conseil en propriété industrielle », *Prop. Indus.* 2005, Repère n° 4.

¹²⁶² Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, *JCP G* 2000, II, 10440, note H. CROZE, *Comm. com. électr.*, oct. 2000, comm. n° 98, Obs. Ch. CARON, *D.* 2001, jurispr. p. 370, note P. VERON, *RTD com.* 2001, p. 85, obs. J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX. Voy. aussi CA Toulouse, 17 avril 2003, *Sté Ferco c. Sté Sotralu et SA Miniplus c. SA Capitole Carton* (2 arrêts). Voy. également concernant un expert salarié par le saisissant Com, 28 avril 2004, *Prop. Indus.* 2005, n° 6, p. 13 note J. RAYNARD.

¹²⁶³ Cass. com, 8 mars 2005, arrêt « *Miniplus* », *JCP E* 2005, p. 716, note Ch. CARON, *Prop. Indus.* 2005, n° 6, p. 13 note J. RAYNARD.

¹²⁶⁴ CA Paris, 8 juin 2001, *Juris-data* n° 2001-152872.

indépendant et impartial vis-à-vis des parties¹²⁶⁵. Selon la Cour EDH, le principe d'égalité des armes suppose une « *obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »¹²⁶⁶ (souligné par nous). La présence de l'expert lors de la saisie peut constituer un « *net désavantage* » à l'encontre du saisissant lorsque la réalisation de la saisie suppose des connaissances techniques. À défaut, la présence de l'expert est susceptible de porter atteinte au principe de *l'apparence* d'indépendance de l'expert¹²⁶⁷.

589. Ensuite, la procédure de saisie-contrefaçon consiste en la réalisation de prélèvements. Les prélèvements effectués portent sur des biens matériels (les exemplaires contrefaisants) et immatériels (les exemplaires contrefaisant peuvent eux-mêmes comporter une création intellectuelle) du prétendu contrefacteur. La saisie réelle pratiquée représente donc une atteinte au droit de propriété du prétendu contrefacteur¹²⁶⁸. Toutefois, les droits fondamentaux ne sont pas absolus. Une atteinte à un droit fondamental peut être justifiée. Selon le raisonnement classique, la saisie doit représenter une mesure « nécessaire dans une société démocratique » et ne doit pas porter atteinte à la substance même du droit de propriété du présumé contrefacteur. L'article 46 des ADPIC prévoit à cet égard que la saisie des marchandises contrefaisantes est justifiée si elle demeure proportionnée. Or, la saisie réelle dans le cadre de la saisie contrefaçon représente une mesure destinée à prouver des actes de contrefaçon. Par conséquent, l'atteinte au droit de propriété du contrefacteur est justifiée par l'objectif du respect des droits de propriété du créateur. En outre, lorsque la saisie porte sur un nombre limité d'exemplaires, l'atteinte demeure proportionnée à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle.

II – Dans les procédures hors procès

590. Les garanties du procès équitable sont, par principe, applicables aux procédures extrajudiciaires, c'est-à-dire aux procédures « sans procès »¹²⁶⁹. L'application des garanties du procès équitable aux créations industrielles, et particulièrement lors des procédures de

¹²⁶⁵ G. ROUSSEAU et P. DE FONTBRESSIN, *L'expertise et l'expertise judiciaire en France*, op. cit., p. 77 et s.

¹²⁶⁶ Cour EDH, *Delcourt*, 17 janvier 1970.

¹²⁶⁷ O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, op. cit. n° 462.

¹²⁶⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 1116, J.-M. BRUGUIERE et F. DUMONT, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *Com. comm. électr.*, 2010, étude 10, n° 26.

¹²⁶⁹ Voy. notamment pour l'utilisation de cette expression : V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droit fondamentaux*, PUAM, 2005.

délivrance de titres, a déjà fait l'objet d'études détaillées¹²⁷⁰. Bien évidemment, il n'existe pas de procédure équivalente en droit d'auteur dans la mesure où aucun titre n'est nécessaire afin de protéger la création. Il n'en demeure pas moins que certains organes non-judiciaires sont amenés à organiser des procédures impliquant des créations. Il existe principalement deux organes prévoyant des procédures sans procès mettant en cause des créations, et dont l'application des garanties du procès équitable est source de difficultés. Il s'agit des procédures devant la Hadopi (I) et des procédures internes aux sociétés de gestion collective (II).

A – Le droit au procès équitable dans les procédures de la Hadopi

591. *L'applicabilité des garanties du procès équitable.* La détermination de l'applicabilité des garanties du procès équitable devant la Hadopi suppose d'établir la réunion de deux conditions. En premier lieu, il faut déterminer si la Hadopi constitue un « tribunal ». Ensuite, l'application des garanties du procès équitable suppose de déterminer si ses décisions portent atteinte à une obligation civile ou soutiennent une accusation pénale.

592. *La notion de tribunal.* Dans la sphère des droits fondamentaux, la notion de « tribunal » est un standard destiné à délimiter l'étendu de l'application des garanties du procès équitable. Dès qu'un « tribunal » est identifié, les garanties du procès équitable doivent s'y appliquer. L'intérêt de ce standard réside dans son caractère souple et évolutif. Ainsi, la notion de « tribunal » n'est pas limitée aux organes de jugement de l'ordre judiciaire ou administratif. Il n'existe pas de limite *a priori* des organes qualifiés de « tribunaux ». La doctrine relève qu'il n'existe pas de véritable critère de la notion de juridiction. La recherche de la notion de « tribunal » emprunte plutôt la méthode du « faisceau d'indices »¹²⁷¹. Toutefois, le Conseil constitutionnel retient une conception stricte de la notion de tribunal. Selon lui, les autorités de régulation ne sont pas des tribunaux, bien qu'elles exercent un pouvoir de sanction¹²⁷². Le juge administratif relève trois indices permettant de qualifier un organe de tribunal auquel s'appliquent les garanties du procès équitable : il doit être établi par la loi, composé de magistrats indépendants et respecter les principes de la procédure et, enfin,

¹²⁷⁰ E. WAAGE, *L'application de principes généraux de procédure en droit européen des brevets*, op. cit., J.-Ch. GALLOUX, « Les droits fondamentaux de la procédure dans les propriétés intellectuelles : vers un syncrétisme européen », in *Mélanges Normand*, Litec, 2003, p.181.

¹²⁷¹ S. GUICHARD et alii, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., n° 243, L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « droit fondamental », 22^e ed., 2010, n° 106, E. JEULAND, *Droit processuel*, LGDJ, 2007, n° 66.

¹²⁷² Cons. const., décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987.

trancher une prétention selon une règle de droit. Dans le même sens, la CJUE considère qu'un tribunal doit être établi par la loi, avoir un caractère obligatoire, que la procédure soit contradictoire et les juges indépendants, qu'il représente un organisme tiers par rapport aux parties, qu'il exerce un pouvoir juridictionnel et, enfin, qu'un recours soit possible¹²⁷³. Enfin, la Cour EDH retient une définition souple de la notion de tribunal. Elle considère que la qualité de « tribunal » correspond à la fonction juridictionnelle exercée. Le tribunal est une instance établie afin de « trancher, sur la base de norme de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹²⁷⁴. Il ne saurait être doté de « simples attributions consultatives »¹²⁷⁵. Il doit en outre être établi par la loi.

593. En somme, deux critères alternatifs sont utilisés par la jurisprudence afin de qualifier un organe de « tribunal » au sens des droits fondamentaux. D'abord, un ensemble de critères organiques suppose qu'un tribunal doit être établi par la loi, revêtir des qualités d'indépendance et d'impartialité et, enfin, disposer d'un pouvoir de sanction. Ensuite, il doit assurer le respect de règles de procédures. Par exemple, la jurisprudence a reconnu que constituent des « tribunaux » certains ordres professionnels statuant en tant qu'instance disciplinaire¹²⁷⁶. En revanche, ne constituent pas des « tribunaux » les autorités administratives dont les décisions sont dépourvues de caractère juridictionnel¹²⁷⁷, la commission de surendettements des particuliers¹²⁷⁸, les « polices de course »¹²⁷⁹, les procédures de la sécurité sociale¹²⁸⁰ et les décisions ordinales faisant l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel¹²⁸¹.

594. La Hadopi correspond à la définition du tribunal donnée par la jurisprudence française et européenne. En effet, il s'agit d'un organe institué par la loi qui est régie par des règles de procédure prévues aux articles L. 331-12 à L. 331-22 du CPI. De plus, elle est composée par des magistrats professionnels détachés auprès d'elle. Enfin, elle tranche des prétentions selon des règles de droit. En effet, la Hadopi est chargée de la protection des œuvres sur Internet en

¹²⁷³ CJUE, 30 mars 1993, *Corbiau*.

¹²⁷⁴ Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, § 36.

¹²⁷⁵ Cour EDH, 23 octobre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*.

¹²⁷⁶ CE, 3 décembre 1999, « *Leriche* », *Rec.* p. 402, *JCP G* 2000, II, 10267, note F. SUDRE à propos du Conseil national de l'ordre des médecins.

¹²⁷⁷ CE, 3 décembre 1999, « *Didier* », *Rec.* p. 399, à propos du Conseil des Marchés Financiers.

¹²⁷⁸ Cass. 2^{ème} civ., 19 janvier 2006, *Bull.*, n° 27.

¹²⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2009, *JCP G* 2010, n° 6, p. 276, note F. BUY.

¹²⁸⁰ Cass. 2^{ème} civ., 6 avril 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 681, note X. PRETOT.

¹²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, *Bull.* n° 346.

vertu des articles L. 331-24 à L. 331-30 du CPI. Il s'agit donc d'un tribunal au sens des droits fondamentaux.

595. Ensuite, l'application des garanties du procès équitable suppose que les décisions de la Hadopi influencent « *des obligations à caractère civil ou le bien-fondé d'une accusation pénale* ». La Hadopi remplit à l'évidence ces deux critères. En effet, elle apporte des éléments de preuve au magistrat chargé de condamner pénalement les contrefacteurs n'ayant pas sécurisé leur connexion à Internet. De plus, la Hadopi est qualifiée d'autorité publique indépendante par le législateur (article L. 331-12 CPI). Par analogie, les règles du procès équitable sont applicables aux autorités administratives indépendantes dès lors que leurs décisions influencent des droits et obligations à caractère civil ou le bien-fondé d'une accusation pénale¹²⁸².

596. *L'application des garanties du procès équitable.* Le déroulement équitable d'une procédure nécessite que les organes de jugement soient impartiaux et indépendants. À cet égard, les organes de la Hadopi souffrent potentiellement d'irrégularités. En effet, l'indépendance des organes et des experts de la Hadopi envers les parties soulève des interrogations. En particulier, les titulaires de droits sur la création exercent de façon cumulative les fonctions de demandeurs, d'enquêteurs et d'experts à la procédure. L'article L. 331-24 du CPI prévoit que « *la commission de protection des droits agit sur saisine d'agents assermentés et agréés dans les conditions définies à l'article L. 331-2 qui sont désignés par : les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ; les sociétés de perception et de répartition des droits, le Centre national de la cinématographie* ». De plus, des agents assermentés, désignés par les ayants-droit des créateurs, exercent une fonction d'enquête et d'expertise. En effet, selon l'article L. 331-2 du CPI, la preuve de la matérialité des infractions « *peut résulter des constatations d'agents assermentés désignés selon les cas par le Centre national du cinéma et de l'image animée, par les organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1 et par les sociétés mentionnées au titre II du présent livre. Ces agents sont agréés par le ministre chargé de la culture dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat* »¹²⁸³.

¹²⁸² C. DUCOULOUX-FAVARD, « Les autorités administratives indépendantes et l'article 6 de la CEDH : actualité jurisprudentielle », LPA 15 octobre 1999, n° 206, p. 4 ; F. SUDRE et C. PICHERAL (Dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Institut de droit européen des droits de l'homme, 2003, p. 241 et s.

¹²⁸³ Cette fonction d'expertise des agents assermentés n'est pas propre à la Hadopi, pour laquelle le législateur prévoit des dispositions analogues (L. 331-24 du Code de la Propriété intellectuelle).

597. Deux griefs doivent être adressés à la participation indirecte des ayants-droit à travers les agents assermentés. D’abord, les ayants droits participent indirectement à l’enquête. Or la phase d’enquête d’une procédure (civile ou pénale) doit être détachée des parties à la procédure. La mission des agents assermentés est une mission d’enquête active car elle consiste à proposer des œuvres au téléchargement illégal, pour recueillir dans un second temps les adresses IP des internautes. Ensuite, les agents assermentés participent à l’expertise. Le mode de nomination des agents assermentés porte atteinte à l’exigence d’une expertise indépendante ou, au minimum, au principe de *l’apparence* d’indépendance de l’expert¹²⁸⁴. Le droit au procès équitable couvre la période antérieure au litige si elle est susceptible d’avoir une incidence sur la suite du litige. C’est bien le cas avec la Hadopi¹²⁸⁵. Par conséquent, le mode de nomination des enquêteurs/experts que sont les agents assermentés ne permet pas de garantir une procédure équitable.

598. Toutefois, plusieurs garanties ont été prévues afin d’encadrer la mission des agents assermentés désignés par les ayants-droits. En premier lieu, l’article L. 331-2 du CPI prévoit un agrément du ministre chargé de la culture. En second lieu, une autorisation préalable de la CNIL est nécessaire afin de fichier les données personnelles recueillies¹²⁸⁶. En outre, la jurisprudence admet difficilement l’atteinte au procès équitable, s’agissant du lien entre le demandeur et l’agent assermenté, dans la mesure où la condamnation est prononcée par un tribunal indépendant et impartial¹²⁸⁷. Cependant, la Cour d’appel de Nîmes a jugé en 2007 que l’exercice cumulé par la Halde des fonctions de rassembler les preuves en faveur d’une victime de discrimination et du droit d’intervenir volontairement aux instances¹²⁸⁸ porte atteinte aux exigences du procès équitable¹²⁸⁹. Mais la Cour de cassation considère au

¹²⁸⁴ O. LECLERC, *Le juge et l’expert, contribution à l’étude des rapports entre le droit et la science*, op. cit. n° 462.

¹²⁸⁵ Sur l’application du principe du contradictoire en amont du litige : J.-P. LE GALL, « A quel moment le contradictoire ? Une application de la CEDH », *Gaz Pal*, 1996, 2, p. 691.

¹²⁸⁶ CE, 23 mai 2007, Cass. crim, 13 janvier 2009.

¹²⁸⁷ La constatation par un agent assermenté d’une commune d’une méconnaissance d’une disposition du Code de l’urbanisme fondant une action en justice de la même commune ne porte pas atteinte au procès équitable « *dès lors que la créance dont la commune poursuit le recouvrement trouve son fondement dans la condamnation prononcée par une juridiction indépendante et impartiale* » (Cass. crim, 8 février 2005, *Bull.* n° 46).

¹²⁸⁸ L’article 13 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 prévoit deux modes d’intervention de la Halde dans les procédures civiles, pénales ou administratives : soit sur invitation du juge saisi de faits de discrimination, soit sur demande de la Halde.

¹²⁸⁹ CA Nîmes, 25 avril 2007, *JurisData* n° 2007-342648.

contraire que son audition n'est pas contraire aux règles du procès équitable¹²⁹⁰ dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit ou oral et que le juge apprécie la valeur probante des pièces fournies au débat contradictoire¹²⁹¹. Cette jurisprudence pourrait logiquement être étendue à l'Hadopi.

B – Le droit au procès équitable et les sociétés de gestion collective

599. *L'applicabilité des garanties du procès équitable.* À l'instar des conditions d'applicabilité devant la Hadopi, la mise en œuvre des garanties du procès équitable devant les SPRD suppose la qualification de « tribunal ». En premier lieu, les SPRD sont des sociétés civiles régies par leurs statuts et par un règlement général. L'adoption des textes fondateurs des sociétés de gestion est soumise au contrôle du ministre chargé de la culture. Le régime des sociétés de gestion collective est prévu par le CPI aux articles L. 321-1 et suivants. Par conséquent, les sociétés de gestion collective sont « prévues par la loi ». En outre, leurs décisions portent préjudice à des obligations à caractère civil ou soutiennent une accusation pénale. En effet, une réévaluation des droits entraîne des pertes financières ou un manque à gagner. Plus encore, l'exclusion d'une société de gestion signifie bien souvent l'impossibilité pratique d'exploiter ses créations pour l'avenir. Par exemple, l'exclusion de la SACEM rend pratiquement impossible l'exploitation d'œuvres musicales en France. Le rôle incontournable des sociétés de gestion dans de nombreux secteurs de la création signifie que la sanction à l'encontre d'un membre entraîne d'importantes conséquences. Enfin, une sanction fondée sur des actes présumés de contrefaçon peut soutenir une action pénale. Par conséquent, les décisions des sociétés de gestion collective portent atteinte à des obligations à caractère civil ou soutiennent des accusations en matière pénale.

600. Enfin, le caractère essentiellement contractuel des sociétés de gestion collective peut constituer un obstacle à l'application des garanties du procès équitable. En effet, les parties ont entendu se conformer uniquement aux statuts. Cependant, une jurisprudence abondante accorde les garanties du procès équitable, et particulièrement le droit de présenter ses observations, d'être convoqué préalablement à l'audition et de connaître les faits reprochés, aux procédures disciplinaires des groupements¹²⁹². Afin de justifier l'exigence du respect des

¹²⁹⁰ Cass. soc., 2 juin 2010, *JCP S* 2010, 1241, note G. LOISEAU, *JCP S* 2010, 1294, note Ph. ROZEC et V. MANIGOT

¹²⁹¹ Cass. soc., 16 novembre 2010, *JCP S* 2011, 1070, note Ph. ROZEC.

¹²⁹² Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989, *Bull.*, n° 141, Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1991, *Rev. soc.* 1991, p. 389, note Y. GUYON, Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, *Bull.*, n° 95, Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004, *JCP E* 2004, 1899, note

« droits de la défense » en matière contractuelle, la doctrine a parfois recours à la notion de bonne foi. En effet, l'article 1134 du C. civ. prévoit l'exécution des contrats de bonne foi, ce qui implique une certaine loyauté entre cocontractants, dont participent les « droits de la défense »¹²⁹³. Par conséquent, les garanties du procès équitable ont vocation à régir les rapports internes entre les associés et les organes de direction des sociétés de gestion collective.

601. *L'application des garanties du procès équitable.* Les statuts et les règlements intérieurs des sociétés de gestion collective intègrent souvent des dispositions garantissant les droits de la défense. En particulier, les statuts de la plupart des sociétés de gestion prévoient le respect du principe du contradictoire. Par exemple, l'article 34 des statuts de la SACEM met en place un « *droit de défense* » dans le cadre de la procédure disciplinaire devant l'Assemblée générale. La régularité des mesures disciplinaires et des peines prononcées à l'encontre d'un sociétaire suppose que « *l'intéressé ait été invité à fournir ses moyens de défense* », et qu'il ait été en mesure de se faire assister ou représenter par une personne de son choix. La personne dispose également du droit de consulter son dossier au siège de la société et d'un délai, généralement fixé à 30 jours, pour préparer sa défense. Des dispositions analogues sont prévues dans la plupart des statuts et règlements intérieurs¹²⁹⁴. En revanche, les statuts de la SRDM ne prévoient pas de dispositions garantissant la procédure équitable en faveur des associés sanctionnés. Néanmoins, les garanties du procès équitable y sont applicables même en l'absence de précision par les statuts. Les garanties du procès équitable sont invocables de façon supplétive. En revanche, les statuts écartant de telles garanties devraient être déclaré nuls.

602. Ensuite, la plupart des statuts des sociétés de gestion collective ne garantissent pas le droit d'interjeter un appel à l'encontre d'une décision prise à l'encontre d'un membre¹²⁹⁵. Lorsque ce droit est prévu, il ne paraît pas suffisamment affirmé. Par exemple, l'article 6 des statuts de la SCAM prévoit un droit à l'appel de la décision d'exclusion de la SCAM.

A. PAUGET-BEYDON, *RTD Com* 2005, p. 127, note L. GROSCLAUDE, *Dr. soc.* 2005, n° 3, p. 13, note F.-X. LUCAS.

¹²⁹³ Y. CHARTIER, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 205. Voy. plus globalement, V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005.

¹²⁹⁴ Des dispositions analogues sont prévues par : l'article 41 des statuts de la SACD, l'article 6 des statuts de la SCAM, l'article 2 du règlement général de l'ADAMI, l'article 3 du Règlement général de la SPEDIDAM, l'article 11 Règlement général de la SAIF.

¹²⁹⁵ Au demeurant, le caractère fondamental du droit d'interjeter appel est sujet à controverse. Voy. notamment : G. RAVARANI, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Mélanges Guinchard, op. cit.*, p. 355.

Toutefois, le droit d'appel paraît insuffisant car il est prévu « *dans les conditions précédemment indiquées* », c'est-à-dire devant les mêmes organes de décision lors de la « première instance ». Or, le droit d'interjeter un appel des décisions des organes de décision des sociétés de gestion n'est effectif que si la nouvelle formation de jugement est composée différemment.

603. En définitive, le respect des principes du procès équitable représente une forme d'« usage » dans les procédures internes des sociétés de gestion collective. La plupart des statuts prévoient des droits de la défense en cas de sanction ou d'exclusion. L'application des principes du procès équitable s'avère d'ailleurs particulièrement nécessaire au regard de trois considérations. D'abord, la grande difficulté d'exploiter les créations sans avoir recours aux sociétés de gestion implique une grande transparence de leur part. La situation de quasi monopole de fait des sociétés de gestion conduit en pratique à réduire la liberté d'adhésion de la part des créateurs. Par conséquent, il paraît de bonne justice de garantir aux créateurs les droits du procès équitable dans la mesure où la gestion collective apparaît comme une forme « imposée », car nécessaire, des exploitations de créations. Ensuite, les sociétés de gestion collective souffrent parfois d'une mauvaise image auprès du public et des créateurs. Or, la transparence des procédures de sanction représente un facteur d'amélioration de leur image. Enfin, les sociétés de gestion sont soumises à la liberté de la concurrence. Les créateurs sont en principe libres d'adhérer à une société de gestion étrangère. Par conséquent, la garantie des droits du procès équitable représente une force d'attraction en faveur des sociétés de gestion les respectant.

Conclusion du Titre 1

604. *L'étendue du droit de propriété sur le bien créatif.* Les droits fondamentaux ont peu à peu colonisé toutes les branches de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, marque, brevet, nom de domaine, dessins et modèles, etc.). La fondamentalisation a été réalisée « par le haut », c'est-à-dire que les juges européens et français ont progressivement rattaché la propriété intellectuelle au droit fondamental de propriété. Mais l'étendue du droit fondamental sur le bien créatif demeure controversée. En particulier, faut-il admettre un droit de propriété hors des régimes de propriété intellectuelle prévus par le CPI ? Les droits fondamentaux ne permettent pas d'y apporter une réponse tranchée. Deux analyses contradictoires peuvent être réalisées à partir des droits fondamentaux. Selon la première, le droit de propriété, tel que

conçu par les droits fondamentaux, est suffisamment large pour accueillir toutes les formes de création, qu'elles soient prévues ou non par le CPI. Mais on voit immédiatement le danger pour la liberté du commerce et de l'industrie que représente l'admission d'un droit privatif sur *tous* les biens issus d'une activité intellectuelle et constituant une valeur économique. Selon une seconde analyse, les droits fondamentaux conduisent à analyser le CPI comme l'unique source des biens créatifs : la conciliation entre le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie est réalisée par le législateur à travers le Code de la Propriété Intellectuelle. D'ailleurs, en déclarant que « *la propriété intellectuelle est protégée* » de façon distincte du droit de propriété, l'article 17§2 de la Charte DFUE semble montrer qu'il appartient au législateur d'en définir le domaine, ce qu'à déjà fait le législateur français.

605. *Les lacunes des droits fondamentaux.* Les droits fondamentaux n'envisagent pas les droits moraux du créateur. Le décalage est ici important avec le droit français qui les considère comme la quintessence des droits du créateur. Plusieurs éléments expliquent cette indifférence. On sait que les droits moraux ne bénéficient pas à l'ensemble des créateurs mais seulement aux auteurs, ce qui tranche avec la vocation à l'universalité des droits fondamentaux. De plus, leur construction est internationale, ce qui implique une harmonisation essentiellement économique (à l'instar du marché unique de l'UE), dans laquelle les droits moraux n'ont pas leur place.

606. *Les conséquences de la fondamentalisation.* S'agissant du régime du droit de propriété sur le bien créatif, la fondamentalisation des droits sur le résultat de la création produit trois conséquences. La première est l'exigence de relativité du droit de propriété. La liste des exceptions aux droits de propriété intellectuelle n'est donc pas limitative. La fondamentalisation des droits sur le bien créatif conduit également à remettre en cause l'absolutisme des prérogatives morales sur la création. Mis à part le droit de divulgation qui pourrait former le noyau dur des droits fondamentaux de la création, l'absolutisme des prérogatives morales n'est pas justifié. Elle élargit enfin le droit de propriété aux personnes morales qui sont des moteurs de la créativité.

607. *L'acte et le résultat de la création.* En somme, la liberté du créateur ne correspond pas au droit de propriété sur le bien créatif. Les différences sont nombreuses entre ces deux facettes de la fondamentalisation de la création. La liberté de création et le droit de propriété n'envisagent pas la création dans la même dimension. Le noyau dur, les fonctions sociales ou les moyens de défense en justice constituent autant d'approches différentes selon le droit

fondamental considéré. En particulier, les conditions d'accès à la propriété intellectuelle, telles que posées par le législateur (originalité, activité inventive, caractère propre, etc.) ne s'appliquent pas à l'acte créatif.

Titre 2 – LA LIMITATION DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN

CRÉATIF

608. *La privation et la réglementation du droit de propriété sur le bien créatif.* Les biens créatifs sont des objets de la vie sociale qui interagissent avec les droits et intérêts d'autrui et de la collectivité¹²⁹⁶. Ils sont ainsi aliénés, donnés en licence et utilisés par des tiers afin de réaliser diverses tâches. Ils représentent parfois une telle source de richesse et de progrès que leur usage bénéficie à tous. C'est le cas par exemple des médicaments¹²⁹⁷. Le droit de propriété du créateur ne saurait donc être un droit absolu. Dès lors, quelles sont les limites du droit de propriété du créateur ? Observons d'une manière générale qu'il existe deux types d'atteinte au droit fondamental de propriété : la « privation » et la « réglementation ». Davantage qu'une question de degré, la différence entre ces deux modes de restriction repose sur leur nature même. La privation est une atteinte absolue portée au droit de propriété, tandis que la réglementation en constitue une simple restriction. La privation du droit de propriété nécessite une contrepartie financière en vertu de l'article 17 de la DDH¹²⁹⁸. Ce texte prévoit en effet que la privation du droit de propriété ne peut être réalisée que « *sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». La Cour EDH exige dans le même sens « *le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien* »¹²⁹⁹. Cette distinction irriguera la suite de nos développements.

609. *La légitimité et la proportionnalité.* Classiquement, les restrictions à un droit fondamental doivent être légitimes. Cela signifie qu'elles doivent trouver leurs sources dans les droits fondamentaux. Il conviendra dès lors de relever que le droit de propriété sur le bien créatif peut être limité par certains droits fondamentaux d'autrui ainsi que par les droits fondamentaux visant la protection de l'intérêt général (**Chapitre 1**). Ensuite, la conciliation du droit de propriété sur le bien créatif et de ces droits fondamentaux suppose la mise en œuvre du test de proportionnalité. Selon la logique que nous avons déjà expliquée¹³⁰⁰, la

¹²⁹⁶ J.-M. BRUGUIERE, « Propos introductifs », in J.-M. BRUGUIERE (Dir.), *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p.1

¹²⁹⁷ A. FAVREAU, *L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Réflexion sur la valeur dans le droit des biens*, thèse, Grenoble, 2010.

¹²⁹⁸ Cons. const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, cons. 9, Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, cons. 5.

¹²⁹⁹ Cour EDH, 9 décembre 1994, aff. 130/92/87, 13984/88, « *Les Saints Monastères c/ Grèce* », cons. 71.

¹³⁰⁰ Cf. n° 17.

conciliation du droit de propriété et des droits concurrents sera donc réalisée sous l'égide de ce test appliqué aux spécificités des biens créatifs (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La légitimité des restrictions

610. *L'équilibre interne et externe du droit de propriété.* La détermination de la légitimité des restrictions du droit de propriété est la première étape d'une construction cohérente d'un droit de la création. Il s'agit d'une question difficile. En particulier, la problématique de l'articulation entre les exceptions des droits d'auteur, prévues par le CPI, et la « limite » que constituent les droits fondamentaux est âprement débattue en doctrine¹³⁰¹. Certains auteurs estiment, en effet, que les exceptions du CPI réalisent un équilibre « interne » aux droits de propriété intellectuelle. Selon cette thèse, la résolution du conflit entre les droits fondamentaux et le droit de propriété est déjà réalisée par le législateur. D'autres auteurs considèrent, au contraire, que le régime des exceptions n'épuise pas le conflit entre le droit de propriété et les autres droits fondamentaux. La question posée par ce débat sur la « nature juridique » des exceptions au droit d'auteur relève en réalité d'un débat sur leur *légitimité*. Cet examen est par exemple réalisé par le Conseil constitutionnel en droit des marques. Appelé à contrôler la constitutionnalité de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dont les requérants estiment qu'elle porte atteinte au droit de propriété sur les marques, il se livre à un examen de la légitimité de la restriction. Il estime en particulier que les restrictions au droit de marque sont justifiées car « *elles trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique* »¹³⁰². À l'image du raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel, il faut à présent rechercher la légitimité des limites au droit de propriété sur le bien créatif.

611. La recherche de la légitimité des restrictions est donc une question centrale de la détermination des limites du droit de propriété sur les créations. Nous observerons en particulier que la liberté de création et le droit de propriété sur le bien créatif s'opposent très nettement quant à la légitimité de leurs limites. Nous avons observé que la légitimité des limites de l'acte créatif dépendait étroitement des matériaux utilisés pour réaliser le bien créatif. La question des matériaux est ici indifférente. Il ne fait aucun doute qu'une création portant atteinte, par exemple, au droit au respect de la vie privée, demeure protégée par le droit de propriété. Plutôt que des matériaux utilisés, la légitimité du droit de propriété dépend

¹³⁰¹ Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Prop. Intell.* oct. 2004, n° 13, p. 882, E. DREYER, « La liberté d'expression comme droit concurrent », *RLDI* 2009, supplément n° 49.

¹³⁰² Cons. const., 8 janvier 1991, déc. n° 90-283 DC, cons 15.

en réalité de l'étendue des droits concurrents. Il peut s'agir des droits fondamentaux d'autrui (**Section 1**) ou des droits fondamentaux visant la protection de l'intérêt général (**Section 2**).

Section 1 – Les droits fondamentaux d'autrui

612. *Une approche renouvelée des restrictions.* L'article 545 du C. civ. prévoit que le droit de propriété subit des restrictions « *lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Il en résulte que, selon une approche traditionnelle, seule une « nécessité publique » légitime la restriction du droit de propriété. Nous allons pourtant voir que la « *nécessité publique* » n'est pas l'unique cause de limitation du droit de propriété. La « *nécessité privée* » justifie aussi certaines restrictions du droit de propriété sur les biens créatifs. Imaginons que l'usage d'un bien créatif soit rendu nécessaire à un concurrent du créateur afin de développer son activité. La restriction au droit de propriété sur le bien créatif est-elle légitime ?

613. Les droits fondamentaux d'autrui représentent des limites légitimes au droit de propriété du créateur. Leur légitimité découle de leur qualité de droit fondamental. Il apparaît, en particulier, que la liberté du commerce et de l'industrie (§1) et la liberté d'expression (§2) sont des limites légitimes du droit de propriété des biens créatifs.

§ 1 – La liberté du commerce et de l'industrie

614. *Les libertés économiques.* Les libertés économiques représentent des objectifs légitimes de restriction des droits fondamentaux du créateur. Le droit de propriété sur le bien créatif entre ainsi en conflit avec la liberté du commerce et de l'industrie¹³⁰³. Il représente une barrière lorsque le bien créatif est nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle. Ce conflit n'est pas en lui-même spécifique à la propriété intellectuelle. D'autres droits fondamentaux, comme, par exemple, le droit à la vie privée, représentent des limites de la liberté d'entreprendre. C'est le cas notamment des entreprises de presse, dont l'activité peut être légitimement restreinte par le droit fondamental à la vie privée. Mais la liberté du commerce et de l'industrie représente aussi une limite aux droits fondamentaux. Elle justifie les restrictions en matière de création plurale (I), de création subordonnée (II) et, enfin, elle explique la limitation dans le temps des propriétés intellectuelles (III).

¹³⁰³ V. DELVOLVE, *La liberté d'entreprendre*, thèse, Paris 2, 2002, p. 383.

I – La création plurale

615. L'expression « création plurale » vise les hypothèses dans lesquelles le bien créatif est le fruit d'un acte de création réalisé par plusieurs personnes. Ces actes de création peuvent avoir eu lieu concomitamment ou non. Par exemple, la composition d'une musique peut être réalisée antérieurement ou en même temps que celle des paroles. Une invention peut, de même, résulter du travail de plusieurs personnes en même temps ou bien de façon différée dans le temps. L'essentiel est ici que plusieurs créations ont été réalisées ensemble afin de former un même résultat : il s'agit de « créations plurales coordonnées »¹³⁰⁴. Les différents régimes de la création plurale posent des limites au droit de propriété du créateur (A). Le droit de propriété n'est cependant pas un droit absolu. Il est concevable d'admettre ces limitations dès lors qu'elles sont justifiées. Plusieurs droits fondamentaux peuvent justifier ces restrictions. La liberté d'entreprendre représente toutefois la justification la plus pertinente (B).

A – Les hypothèses de restriction

616. *Variété des créations plurales.* La création plurale engendre un certain nombre d'hypothèses de restrictions du droit de propriété sur la création. Par principe, les cocréateurs se trouvent logiquement en situation de copropriété. Ils disposent donc chacun d'un droit de propriété sur la création commune. Le CPI prévoit cependant un certain nombre de régimes spécifiques selon que l'on se trouve en présence d'une œuvre collective ou de collaboration, ou encore d'un titre de brevet ou de dessin ou modèle en copropriété. Les régimes spéciaux prévus par le législateur dans toutes ces hypothèses conduisent à restreindre le droit de propriété du créateur en situation de création plurale. Il convient à présent de détailler ces restrictions.

617. *Les œuvres de collaboration.* Le régime de l'œuvre de collaboration engendre des restrictions du droit de propriété. L'article L.113-3 du CPI prévoit ainsi que la création est la propriété commune des coauteurs. Il s'agit d'une situation d'indivision : chaque acte d'exploitation doit logiquement être autorisé par chacun des cocréateurs. L'assiette des droits de propriété est en effet la *création commune*¹³⁰⁵. Le droit de propriété du créateur sur sa part de la création commune est donc paralysé, car son exercice est subordonné à l'accord des

¹³⁰⁴ Ph. GAUDRAT et G. MASSE, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'engagement de création*, dit rapport « Gaudrat-Massé », 2003, n° 52, p. 36.

¹³⁰⁵ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2007, n° 219.

cocréateurs. Il s'agit ainsi d'une restriction au droit de propriété. Une autre restriction est prévue par l'article L.113-3 al. 3 du CPI. Ce texte dispose que « *lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune* ». Cela signifie donc *a contrario* que le droit de propriété est paralysé lorsque les créations relèvent du même genre. Par exemple, la jurisprudence admet l'exploitation séparée d'un personnage de bande dessinée¹³⁰⁶, mais refuse celle de la partie graphique car celle-ci est dépendante de l'histoire¹³⁰⁷. La copropriété sur le bien créatif implique ainsi une restriction du droit fondamental de propriété fondée le caractère indépendant des créations.

618. *Les œuvres collectives.* Selon l'article L. 113-2 al. 3 du CPI, « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». L'œuvre collective se situe dans une logique d'investissement car la titularité du droit de propriété est attribuée à la personne qui investit financièrement ou intellectuellement dans la réalisation du bien créatif¹³⁰⁸. Le droit de propriété appartient au promoteur à l'initiative de la création. En vertu de l'article L.113-5 du CPI, la personne à l'origine de l'œuvre collective est « *investie des droits de l'auteur* ». Le régime de l'œuvre collective représente alors une restriction au droit de propriété du créateur dans la mesure où son droit de propriété est attribué au promoteur¹³⁰⁹. Mais quelle est l'ampleur de cette restriction ? S'agit-il d'un transfert de droits ou d'une présomption de titularité ? La jurisprudence est divisée sur ce point. Selon une première analyse, l'article L.113-5 du CPI se contenterait d'organiser une « *présomption de titularité* » en faveur du promoteur envers les tiers contrefacteurs¹³¹⁰. Mais, en réalité, la présomption vaut quelle que soit la nature de l'œuvre, dès lors qu'il s'agit d'une

¹³⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, *D.* 1998, p. 80, note B. Edelman.

¹³⁰⁷ (CA Poitiers, 6 septembre 1989, *D.* 1991, somm. 93, obs. COLOMBET.

¹³⁰⁸ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 173, p. 206, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 200, B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998, chron. 141.

¹³⁰⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 688, *Voy. contra* la réfutation de la thèse selon laquelle le promoteur se voit attribuer la propriété de l'œuvre collective. M. GAUDRAT distingue entre la *propriété* de l'œuvre collective et l'*attribution* des droits d'auteur : « le coordinateur ensemblier se voit attribuer les *droits de l'auteur* mais non sa *propriété* » (P. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.* 2009, p. 323).

¹³¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *JCP* 1993. II. 22085, obs. F. GREFFE, Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 2010, *RTD Com* 2011, p. 103, note F. POLLAUD-DULIAN.

création plurale¹³¹¹. Il faut donc admettre que le régime de l'œuvre collective implique une véritable attribution *ab initio* du droit de propriété au profit du « maître d'œuvre » de la création¹³¹². Le régime de l'œuvre collective impose, dès lors, une restriction du droit de propriété du créateur, fondée sur un « lien de subordination collectif »¹³¹³.

619. *La copropriété de brevet.* Le régime de copropriété d'un brevet constitue également une limitation du droit de propriété sur le bien créatif. Le régime supplétif prévu par les articles L.613-29 et suivants du CPI prévoit deux règles dans ce sens. La première limitation résulte du droit pour le copropriétaire du brevet d'exploiter la création à son profit sans que l'autorisation du copropriétaire soit nécessaire. La seconde limitation découle du droit de concéder des licences d'exploitation non exclusives à des tiers sans l'accord du copropriétaire. Dans les deux cas, une « indemnisation équitable » est toutefois prévue. Il s'agit bien de restrictions au droit de propriété du cocréateur car celui-ci perd la maîtrise de sa création¹³¹⁴. La contrepartie financière qui est prévue par ce régime légal doit, par ailleurs, s'analyser en une « juste et préalable indemnité » au sens de l'article 17 de la DDH.

620. *Les atteintes au droit fondamental de propriété.* En résumé, la création plurale conduit à des situations de copropriété sur la création. Le CPI prévoit ainsi certaines hypothèses dans lesquelles l'exercice du droit de propriété du cocréateur est écarté au profit d'un des cocréateurs. Mais ces régimes sont-ils véritablement légitimes ? Rappelons que le droit de propriété du créateur est un droit de propriété de valeur fondamentale. Par conséquent, ces régimes limitatifs portent atteinte à un droit fondamental. Il est dès lors nécessaire de vérifier qu'ils sont justifiés par un droit fondamental ou par une nécessité d'intérêt général. En l'occurrence, la liberté d'entreprendre constitue une justification pertinente.

B – La liberté d'entreprendre comme justification

621. Les restrictions au droit de propriété sur le bien créatif en matière de création plurale sont-elles suffisamment légitimes ? Il convient de vérifier que les restrictions portées au droit de propriété sur une création plurale soient justifiées par les droits fondamentaux. Il s'agit ici, en réalité, d'étudier les discours sur la légitimité de ces restrictions. À cet effet, il faut relever

¹³¹¹ Cass. 1^{re} civ., 15 février 2005, *Maeght*, RIDA juillet 2005, p.427.

¹³¹² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 333 et 339.

¹³¹³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 690.

¹³¹⁴ Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 526.

que certaines justifications reposent sur des arguments non fondés sur des droits fondamentaux, tandis que d'autres se basent sur les droits fondamentaux.

622. *L'impossible distinction entre les créations.* Une première justification, non fondée sur les droits fondamentaux, peut être avancée. Il s'agit de l'impossibilité pratique de distinguer les différentes contributions de chacun des créateurs. Cette justification est particulièrement avancée s'agissant de l'attribution des droits de propriété au promoteur de l'œuvre collective. La définition de l'œuvre collective ainsi donnée par Lerebours-Pigeonnière s'inscrit dans cette perspective : « nous visons une sorte d'œuvre anonyme [...] qu'un éditeur publie sous son nom et qui ne cesse pas d'être anonyme, alors même que la liste de ses collaborateurs est connue [...], parce qu'il est impossible de déterminer le rôle, ni la part de chacun dans la conception et la composition de l'œuvre »¹³¹⁵. La mise en commun de l'effort créatif aboutirait alors à une création unique dans laquelle sont fondues les contributions de chacun. Cette fusion des contributions créatives justifierait alors, par facilité d'usage, la restriction du droit de propriété sur le bien créatif de chacun. Mais cette justification n'est légitimée par aucune norme fondamentale. Les difficultés pratiques imposées par une situation de fait ne sont jamais des causes de justification d'atteinte à des droits fondamentaux. Leur légitimité n'est pas suffisante.

623. *Faciliter la circulation des créations plurales.* Une seconde justification repose sur la volonté du législateur de fluidifier la circulation des créations. La commodité et la sécurité juridique des tiers imposent qu'une seule personne physique ou morale soit titulaire des droits. Par exemple, l'attribution du droit de propriété sur l'œuvre collective au promoteur permet d'assurer une certaine fluidité de circulation des créations en prévoyant un interlocuteur unique. Dans le même sens, le régime de la copropriété de brevet peut être justifié par la volonté de faciliter la circulation des inventions. Le législateur privilégie l'exploitation des créations plutôt que le respect du droit de propriété des créateurs. La nécessité d'obtenir l'accord de tous les cocréateurs représenterait alors une contrainte risquant de paralyser les biens créatifs. Cette justification apparaît toutefois contestable, au regard de la logique des droits fondamentaux, car elle n'est pas justifiée par une norme fondamentale. Il s'agit, avant tout, d'une considération purement pratique. Il existe bien d'autres difficultés plus importantes encore pour lesquelles les droits fondamentaux ne cèdent pas. Il suffit par

¹³¹⁵ Cité par DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 168.

exemple de penser au droit moral de l'auteur, dont l'intangibilité freine indubitablement la circulation des créations, mais dont le principe n'est pas remis en cause par le législateur.

624. *La protection du droit de propriété du créateur.* Le droit de propriété peut ensuite être invoqué afin de justifier les atteintes au droit de propriété sur le bien créatif. Son exercice par certains des cocréateurs justifierait ainsi l'atteinte à celui des autres. Par exemple, le droit de propriété du promoteur en matière d'œuvre collective justifierait l'atteinte au droit de propriété des cocréateurs¹³¹⁶. Dans le même sens, le respect du droit de propriété du copropriétaire de brevet pourrait expliquer l'atteinte à celui du cobreveté (l'exploitation du brevet et la concession de licence sans son accord). Il s'agit d'une restriction légitime d'un point de vue strictement normatif. Mais elle n'emporte toutefois pas la conviction. Comment légitimer l'atteinte au droit de propriété de l'un par le droit de propriété de l'autre ? Le respect du droit de propriété d'un des cocréateurs n'est pas suffisant à justifier l'atteinte à celui de l'autre cocréateur. Le droit de propriété est davantage un élément du problème qu'un élément de solution. Il convient, dès lors, de rechercher une autre justification.

625. *La liberté du commerce et de l'industrie.* La liberté du commerce et de l'industrie, et particulièrement la liberté d'entreprendre, peut enfin être avancée afin de justifier ces régimes portant restriction du droit de propriété du cocréateur. La liberté d'exploitation d'une création par le cocréateur, laquelle doit être rattachée à la liberté d'entreprendre, entre en conflit avec le droit de propriété du créateur. Il s'agit de deux droits fondamentaux qu'il convient de concilier. L'arbitrage réalisé par le législateur à travers ces régimes spéciaux de création collective est ainsi justifié par la liberté d'entreprendre. Cette justification entre d'ailleurs en résonance avec la nature profondément économique des droits de propriété intellectuelle¹³¹⁷. Ils existent notamment afin d'assurer la circulation des créations. Le droit de propriété sur le bien créatif est ainsi un droit du partage et de la circulation des créations. Le blocage engendré par le refus d'exploiter d'un des cocréateurs doit, par conséquent, être contourné sur le fondement de la liberté d'entreprendre. On remarque à cet égard que la justification basée sur la circulation des créations, que nous avons envisagée plus haut, se retrouve ici sous la forme de la liberté du commerce et de l'industrie.

¹³¹⁶ Y. REBOUL, « Quelques réflexions sur l'œuvre collective », *Mélanges Mathély*, Litec, 1990, p. 297, F. FOULLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Comm. com. électr.* 2008, étude 24.

¹³¹⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 27.

626. *Exemples.* La liberté d'entreprendre justifie en particulier l'attribution *ab initio* des droits en faveur du promoteur en matière d'œuvre collective¹³¹⁸. Elle traduit le fait que la création est réalisée sur « *l'initiative* » de la personne physique ou morale qui l'édite. L'initiative est alors envisagée comme une manifestation de la liberté d'entreprendre : le promoteur de l'œuvre collective est investi des droits du créateur non pas sur le terrain du droit de propriété, mais sur le fondement de la liberté d'entreprendre. Dans le même sens, la liberté d'entreprendre explique le régime des brevets en copropriété : le droit de propriété du créateur s'oppose à la liberté d'entreprendre des autres propriétaires. Dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle sont des droits finalisés, c'est-à-dire qu'ils ont notamment pour objet d'inciter à la création, leur exploitation effective est justifiée par la liberté du commerce et de l'industrie. Elle justifie de même le régime de l'œuvre de collaboration s'agissant de l'exploitation séparée des contributions. Celle-ci n'est admise que si les contributions relèvent de « *genres différents* ». En réalité, plus que le genre, le critère de distinction devrait être celui de l'intention de créer en commun¹³¹⁹. Elle justifie ainsi que les créations qui n'ont pas été conçues pour être séparables soient exploitées séparément. À l'inverse, la liberté d'entreprendre devrait logiquement être paralysée par le droit de propriété lorsque les créations ont été conçues comme indissociables. Par exemple, l'admission de l'exploitation séparée d'un personnage de bande dessinée par la Cour de cassation aurait, à notre sens, pu être justifiée sur le terrain de la liberté d'entreprendre¹³²⁰.

II – La création subordonnée

627. Des ateliers de Rubens à ceux de Jeff Koons, des agences d'architectes aux SS2i, la création est bien souvent réalisée en position de subordination. Ce mode de création implique une liberté moindre pour le créateur « subordonné ». Elle devrait supposer aussi que le « maître de l'ouvrage », le plus souvent un employeur, soit investi du droit de propriété sur le bien créatif. Le droit de propriété sur les créations est pourtant morcelé sur ce point. La propriété du maître de l'ouvrage est davantage reconnue en matière de brevet que de droit d'auteur. Mais, en toute hypothèse, la subordination justifie certaines restrictions du droit de propriété du créateur (A). Ces restrictions sont cependant justifiées sur le terrain de la liberté

¹³¹⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 268, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 162, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 229.

¹³¹⁹ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique », *Répertoire de droit civil*, op. cit., n° 222.

¹³²⁰ Cass. 1^{re} civ. 6 mai 1997, op. cit.

du commerce et de l'industrie (**B**), à condition qu'une « juste et préalable indemnité » soit versée (**C**).

A – Les hypothèses de restriction

628. *L'affaire Guino c. Renoir.* Une affaire célèbre en matière de création artistique illustre les difficultés de la subordination : l'affaire *Guino c. Renoir*¹³²¹. Renoir, handicapé par des rhumatismes, demanda à un de ses élèves, Guino, d'être « ses mains ». Il décrivait très précisément à son élève les œuvres à réaliser et en conservait la paternité. La veuve de Guino considéra toutefois que son mari méritait de voir son nom apparaître au pied de l'œuvre. La difficulté de la procédure résidait dans le fait que, à leur manière, les deux personnages étaient des créateurs. Deux thèses s'affrontent¹³²². Soit on considère que Renoir n'a fourni que les « idées ». Il est donc commanditaire et Guino le véritable créateur. Soit on considère que Guino n'a été qu'un exécutant. Renoir est donc le créateur. Mais la Cour de cassation a choisi une troisième voie. Elle considère que les deux sont des créateurs : la création de Renoir consiste en la description « littéraire » des sculptures ; la création de Guino réside dans leur réalisation matérielle. Cette solution demeure exceptionnelle. En principe, le droit français privilégie le créateur subordonné.

629. *Le principe de respect du droit de propriété du créateur subordonné.* La création réalisée dans le cadre d'une relation de subordination n'emporte pas cession du droit de propriété. En particulier, les créations réalisées dans le cadre d'un contrat de travail appartiennent au salarié. Le lien de subordination n'induit pas en lui-même une restriction du droit de propriété sur le bien créatif. L'article L. 111-1 al. 3 du CPI dispose à cet égard que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa* ». L'employeur doit alors conclure, en plus du contrat de travail, une convention de cession de droits d'auteur avec le salarié. Le principe s'applique également en faveur de l'agent public créateur subordonné à l'Etat¹³²³. Dans le même sens, le contrat de

¹³²¹ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1973, *op. cit.*

¹³²² B. EDELMAN, « La main et l'esprit », *D.* 1980, ch. 43.

¹³²³ L'article L. 111-1 al. 3 du CPI prévoit qu'« *il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France* ».

travail des artistes-interprètes n'emporte pas en principe la cession des droits voisins¹³²⁴. Le système retenu par le droit français se démarque ainsi de la solution américaine du *work made for hire*, selon laquelle les droits sur les créations de salariés naissent directement sur la tête de l'employeur. Plus largement, le contrat de commande n'emporte pas cession du droit de propriété. Le droit des dessins et modèles se range également à une conception protectrice du droit de propriété des créateurs subordonnés¹³²⁵. Le principe de l'attribution des droits de la création au profit du salarié est justifié la nature même du droit fondamental de propriété sur la création. La propriété sur le bien créatif résulte, en effet, d'une approche personnaliste de la propriété : elle découle du travail du créateur¹³²⁶.

630. Le principe d'attribution des droits de la création au salarié est cependant régulièrement remis en cause par la doctrine¹³²⁷. En particulier, le rapport Falque-Pierrotin propose, en matière de droit d'auteur, une présomption de cession des droits des salariés, inspirée des inventions de salariés en matière de brevets¹³²⁸. Bien que le droit français ne semble pas prêt pour introduire un système de *work made for hire*, il existe de nombreuses exceptions au principe de propriété du créateur subordonné.

631. *Les atteintes au droit de propriété. Droit d'auteur des journalistes, des auteurs de logiciels et des fonctionnaires.* Depuis la réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi du 12 juin 2009, l'article L.132-36 du CPI prévoit une cession implicite du droit de propriété des journalistes à la personne morale éditrice du journal. Dans le même sens, l'article L.113-9 du CPI dispose, concernant les auteurs de logiciel, que « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leurs documentations créés*

¹³²⁴ Selon l'article L. 212-3 du CPI « *sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image. Cette autorisation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par les dispositions des articles L. 762-1 et L. 762-2 du code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 212-6 du présent code* ».

¹³²⁵ La jurisprudence considère que les créations de salariés appartiennent à l'employeur (J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 1146, J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle. Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e ed., 2009, n° 742). En outre, le règlement communautaire n° 6/2002 du Conseil du 1er décembre 2001 relatif aux dessins et modèle ne commande pas l'adoption d'une solution. L'article 14 § 3 prévoit l'attribution des dessins et modèles à l'employeur. Mais, le règlement prévoit la prévalence de la disposition nationale contraire, ce qui semble inclure une interprétation analogique avec le droit d'auteur. Par conséquent, le principe demeure celui de l'attribution au salarié des créations de dessins et modèles.

¹³²⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », *JCP G* 1999, I, 150.

¹³²⁷ M. GAUTREAU, « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA* avril 1975, p. 129. Voy. les contributions au « Dossier spécial. Les créations de salariés et fonctionnaires », *in Droit et patrimoine* 2006, n° 147, et au colloque « Contrat de travail et propriété intellectuelle », *in RLDI* 2008, n° 36, p. 64 et s.

¹³²⁸ I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, p. 137.

par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». Le législateur organise ainsi une cession légale au profit de l'employeur des auteurs de logiciels créés dans l'exercice des fonctions du salarié. Les droits d'auteur naissent sur la tête du salarié, puis, par effet de la loi, sont attribués à l'employeur. Le droit d'auteur des fonctionnaires est également cédé de plein droit à l'État lorsque la création a eu lieu dans le cadre de ses fonctions ou d'après instructions reçues. En vertu de l'article L.131-3-1 du CPI, « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat* ». Il s'agit ainsi d'une licence forcée en faveur de l'Etat.

632. *Le contrat de production d'œuvre audiovisuelle et le contrat de commande pour la publicité.* Le législateur a en outre prévu, par les articles L.132-24 et L.212-4 du CPI, une présomption de cession du droit de propriété par l'effet du contrat de production audiovisuelle. L'article L. 132-31 du CPI organise également la cession automatique des droits d'auteur par effet du contrat de commande pour la publicité. Ces deux contrats représentent ainsi des hypothèses de licence forcée en faveur du commanditaire de la création. Le lien de subordination est ici moins important qu'en matière de contrat de travail. Mais il n'en demeure pas moins que le commanditaire est à l'origine de la création et qu'il donne des instructions au créateur.

633. *Les inventions de salarié et le droit des marques.* Le droit des brevets prévoit, en vertu de l'article L.611-7 du CPI, que « *les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur* ». Les inventions de mission (ainsi que les inventions hors mission attribuables) appartiennent donc à l'employeur. Il s'agit en réalité d'une licence forcée en faveur de l'employeur. Le droit des marques s'inscrit pour sa part dans une logique légèrement différente car le droit de propriété ne résulte pas de la création *stricto sensu* mais de l'enregistrement. Quoi qu'il en soit, la création subordonnée d'une marque appartiendra également au donneur d'ordre car le dépôt sera réalisé par le commanditaire ou l'employeur. Partant, le droit de la propriété industrielle prévoit, à l'instar du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles, des hypothèses de cessions forcées du droit de propriété.

B – La liberté d’entreprendre comme justification

634. *L’accession mobilière.* La légitimité de ces limitations du droit de propriété en situation de création subordonnée suppose qu’elles soient fondées sur des normes fondamentales. À défaut, elles seraient illégitimes. Ainsi, le mécanisme de l’accession mobilière, parfois invoqué afin de justifier la présomption de cession des droits de l’artiste interprète d’une œuvre audiovisuelle au profit de l’employeur (article L.212-4 du CPI) n’est pas légitime au sens des droits fondamentaux¹³²⁹. La règle de l’accession mobilière trouve en effet son siège dans le Code civil, c’est-à-dire dans un texte de nature législative. Hormis cette justification, la plupart des arguments en faveur de la cession automatique des droits à l’employeur s’appuient sur des normes fondamentales.

635. *La liberté contractuelle.* La liberté contractuelle est tout d’abord invoquée afin de justifier les atteintes au droit de propriété du créateur subordonné. Les hypothèses de cession automatique du droit de propriété au profit de l’employeur seraient par exemple justifiées par le contrat de travail, lui-même manifestation de la liberté contractuelle¹³³⁰. « En vendant ma force créatrice, je vends, par là même, ma qualité de créateur » soutient M. Edelman¹³³¹. Dans le même sens, il existerait alors en matière d’œuvre collective une forme de « mandat » implicite par lequel le créateur céderait son droit de propriété au promoteur de l’œuvre¹³³². Mais admettre la cession implicite du droit de propriété par effet d’un contrat constituerait cependant une interprétation trop large de la convention passée entre un créateur subordonné et son commanditaire. Consentir à créer pour autrui n’implique pas nécessairement l’abandon du droit de propriété. Par analogie, un contrat de fourniture de service n’impose pas la cession automatique des biens utilisés pour ce service. Le mécanisme de la liberté contractuelle est en outre obstrué par la prohibition de la cession globale des œuvres futures¹³³³. Il est en effet interdit de céder par avance ses créations futures.

¹³²⁹ P.-Y. GAUTIER, « L’accession mobilière en matière d’œuvre de l’esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens », *D.* 1988, chron. 153, S. PESSINA-DASSONVILLE, *L’artiste-interprète salarié : entre création intellectuelle et protection sociale*, av.-pr. A. SUPIOT, préf., M. VIVANT, PUAM, 2006, n° 81.

¹³³⁰ C. DRUEZ, *Le droit d’auteur des salariés*, thèse. dactyl., 1984, p. 211.

¹³³¹ B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique : esquisse d’une théorie du sujet », *D.* 1970, chron. p. 197.

¹³³² J. CEDRAS, « Les œuvres collectives en droit français », *RIDA* octobre 1979, p. 3., spéc. p. 35.

¹³³³ M. GAUTREAU, « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l’auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA* avril 1975, p. 129, F. POLLAUD-DULIAN, « Ombre et lumière sur le droit d’auteur des salariés », *JCP G* 1999, I, 150

636. *La sécurité juridique.* Le principe de sécurité juridique peut ensuite être invoqué afin de justifier la cession des droits du créateur au profit de l'employeur¹³³⁴. Les entreprises seraient placées dans une situation d'insécurité juridique car elles sont dans l'obligation de conclure des contrats de cession pour chaque création de subordonnés (salariés ou non). Les contrats conclus par l'entreprise avec des tiers afin de diffuser ces créations demeurent en outre précaires en l'absence de contrat de cession avec le salarié. La sécurité juridique des entreprises justifierait donc les hypothèses de cession forcée des créations de subordonnés. Elle constitue un principe légitime car il s'agit d'un principe fondamental, bien qu'absent en droit constitutionnel¹³³⁵. Il est toutefois douteux que le principe d'insécurité juridique puisse justifier ces atteintes aux droits du créateur. Les situations d'insécurité juridique résultent en effet principalement de l'imprécision de la loi, de sa trop grande complexité ou encore de la rétroactivité de la loi ou de la jurisprudence. Il n'est pas question ici de tels écueils. Invoquer la sécurité juridique dans les hypothèses de création subordonnée fait donc fi de l'acception normale de la notion.

637. *La liberté d'entreprendre.* La justification de l'atteinte au droit de propriété du créateur résulte en réalité d'impératifs de protection de l'investissement et de la promotion de la liberté d'entreprendre. Ainsi justifiées, les restrictions au droit de propriété sur le bien créatif en matière de création subordonnée reposent sur un objectif légitime eu égard à la valeur normative fondamentale de la liberté d'entreprendre. Par exemple, le régime des créateurs salariés de logiciels a été adopté dans cette perspective. M. Jolibois, rapporteur de la loi relative à la création salariée de logiciels, justifie ainsi l'attribution des droits à l'employeur par la volonté de récompenser « celui qui a pris les risques financiers de la création et du développement du logiciel »¹³³⁶. La législation relative au droit *sui generis* des producteurs de base de données s'inscrit également dans cette perspective de légitimité basée sur la liberté d'entreprendre. L'article L.341-1 du CPI prévoit en effet que « *le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement*

¹³³⁴ I. FALQUE-PIERROTIN, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, *Le régime juridique des œuvres multimédia : Droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, Rapport du CSPLA, Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, présidée par V.-L. BENABOU et J. MARTIN, 2005, p. 9, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 182, A. LUCAS, « Droit d'auteur et création salarié », *RLDI* 2008, n° 36.

¹³³⁵ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficace », *Mélanges Gérald*, Montchrestien, 1999, p. 301.

¹³³⁶ C. JOLIBOIS, *Rapport fait au nom de la Commission spéciale du Sénat*, n° 212, t. 1, p. 66.

financier, matériel ou humain substantiel » (souligné par nous). La cession automatique du droit de propriété en cas de création subordonnée est alors justifiée par la liberté d'entreprendre : elle représente une mesure visant à encourager l'initiative de la création.

638. *Les nécessités du service public.* Appliquée au domaine des activités publiques, la cession automatique des droits de propriété des créations réalisées en situation de subordination est justifiée par les nécessités du service public. L'article 131-3-1 du CPI prévoit ainsi que « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat* ». Les « nécessités du service public » représentent alors un principe équivalent à celui de la liberté d'entreprendre dans le secteur privé. Dans les deux cas, la poursuite de *l'activité* (publique ou privée) pour laquelle a été réalisée la création subordonnée justifie la cession automatique du droit de propriété.

639. *L'opposition des logiques de la propriété et de l'investissement.* En définitive, la liberté d'entreprendre justifie certaines dérogations au droit de propriété en cas de création subordonnée. Mais faut-il les admettre plus largement ? En particulier, la liberté d'entreprendre pourrait parfaitement justifier la cession automatique des droits des créateurs salariés. Du point de vue des droits fondamentaux, quelle est, en effet, la différence entre un auteur de logiciel (dont le droit de propriété est cédé automatiquement) et un auteur de créations utilitaires ? La frontière entre la protection de la propriété et celle de l'investissement s'avère donc ténue¹³³⁷. L'analyse offerte par les droits fondamentaux s'arrête ici. Au-delà, les solutions semblent davantage relever d'arbitrages politiques entre les intérêts des salariés et ceux des employeurs¹³³⁸.

C – La nécessité d'une juste et préalable indemnité

640. *Le principe.* L'absence de « juste et préalable indemnité » en cas de restrictions du droit de propriété du créateur constitue une atteinte contraire au droit fondamental de propriété du créateur. M. Gaudrat évoque même, dans ce cas, leur « spoliation légalisée »¹³³⁹.

¹³³⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », *D.* 1996, p. 177, J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, p. 297.

¹³³⁸ Sur ce constat, V. DELVOLVE, *La liberté d'entreprendre*, thèse Paris 2, 2002, p. 417.

¹³³⁹ Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.* 2009, p. 323, Comp. M. GAUTREAU, « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA* avril 1975, p. 129 s.

En effet, le principe d'une juste et préalable indemnisation est une exigence constitutionnelle. Il découle de l'article 17 de la DDH, qui dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* » (souligné par nous). Elle résulte également de l'article 545 du C. civ. selon lequel « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Le Conseil constitutionnel précise que l'indemnisation de l'atteinte au droit de propriété doit être équivalente au paiement en numéraire¹³⁴⁰. La détermination du caractère « juste » de l'indemnisation suppose que « *l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation* »¹³⁴¹. Le caractère « préalable » n'implique en principe pas que l'indemnisation ait lieu intégralement avant l'atteinte au droit de propriété.

641. *Les régimes spéciaux de création de salariés.* Le paiement d'une juste et préalable indemnité par l'employeur n'est cependant pas toujours prévu. Ainsi, les restrictions en matière d'œuvre collective, de logiciel, d'œuvre audiovisuelle, de création de fonctionnaires et de journalistes ne répondent pas à une telle exigence. En l'absence de tels mécanismes, ces restrictions au droit de propriété du créateur sont donc contraires aux droits fondamentaux¹³⁴². Plusieurs arguments sont cependant opposés à une telle analyse. Ainsi, ces hypothèses ne seraient pas des « restrictions » au droit de propriété, mais des « cessions implicites ». Une juste et préalable indemnité ne serait alors pas nécessaire. Mais ce raisonnement ne peut prospérer car le créateur ne consent pas, même implicitement, à la restriction. Il ne s'agit donc pas d'une « cession implicite », mais d'une « cession forcée ». Un autre argument est également souvent avancé : le versement d'un salaire par l'employeur correspondrait à une juste et préalable indemnité¹³⁴³. Mais la Cour de cassation l'écarte très justement en considérant, selon une jurisprudence constante, que « *l'existence d'un contrat de travail (...) n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle* »¹³⁴⁴. Le salaire ne correspond normalement pas à une juste et préalable indemnité. Cependant, le droit communautaire pourrait ouvrir une brèche en ce sens. En effet, le considérant 35 de la

¹³⁴⁰ Cons. const, 81-132 DC, *Nationalisation*, 16 janvier 1982.

¹³⁴¹ Cons. const, 89-256 DC, 25 juillet 1989, cons. 19.

¹³⁴² J.-M. BRUGUIÈRE et F. DUMONT, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. électr.* 2010, étude 10, M. ABELLO et J. TASSI, « L'employé auteur de logiciel et les droits fondamentaux : une question prioritaire de constitutionnalité d'avenir ? », *Com. com. élect.* 2011, étude 8.

¹³⁴³ C. DRUEZ, *Le droit d'auteur des salariés*, thèse dactyl., 1984, p. 471.

¹³⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1992, *RIDA* 1993, p. 193, note P. SIRINELLI, *JCP E* 1993, I, 246, note M. VIVANT et A. LUCAS.

directive du 22 mai 2001 prévoit en matière d'exceptions et de limitations du droit d'auteur que « *dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû* ». Faut-il considérer qu'un salaire puisse constituer une « *autre forme de paiement* » ? Le raisonnement est séduisant car le contrat de travail et la licence sont en commun leur nature contractuelle.

III – Le domaine public

642. La durée limitée du droit de propriété sur la création est justifiée de multiples manières suivant les auteurs et les époques¹³⁴⁵. Les objectifs de promotion de l'innovation et de libre accès du public sont le plus souvent avancés. Il est toutefois nécessaire, du point de vue des droits fondamentaux, de proposer une justification qui soit juridiquement légitime. Pour ce faire, la liberté d'entreprendre constitue, encore une fois, une limite légitime au droit de propriété (**B**). Avant d'exposer cette justification, il est nécessaire au préalable de poser les termes du conflit (**A**).

A – Position du problème

643. *La durée limitée des droits patrimoniaux.* Le droit de propriété sur le résultat de la création est limité dans le temps. Dans la plupart des droits, en effet, le droit de propriété sur la création s'éteint au-delà d'une certaine période. La création « tombe » dans le domaine public. En droit français, le droit de propriété de l'auteur sur une œuvre de l'esprit s'éteint à l'issue d'une période de 70 ans après la mort de l'auteur (article L.123-1 du CPI). Le droit de propriété sur les dessins et modèles ne produit plus d'effet après une durée de 5 ans renouvelable après l'enregistrement (article L.513-1 du CPI). Le droit de propriété sur un brevet s'éteint passée une période de 20 ans après l'enregistrement (article L611-2 du CPI).

644. La limitation dans le temps du droit de propriété du bien créatif est également prévue par les droits fondamentaux. Ainsi, l'article 1 de la directive n° 93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins propose une durée de 70 ans *post mortem*. L'article 7.1 de la Convention de Berne et l'article 12 des ADPIC prévoient ainsi une protection limitée à 50 ans après la mort de l'auteur. L'article 4 de la Convention universelle sur le droit d'auteur de Genève du 6

¹³⁴⁵ Sur l'ensemble de cette question : F. POLLAUD-DULIAN, « La durée du droit d'auteur », *RIDA* 1998, n° 176, p. 83.

septembre 1952 propose quant à lui une protection de 25 ans après la mort de l'auteur. Mentionnons encore l'article 14 de la Convention de Rome sur le droit des artistes interprètes qui prévoit une durée de protection limitée à 20 ans *post mortem*. L'article 53 de la Convention sur le Brevet européen de 1973 propose également une durée limitée à 20 ans après l'enregistrement. Il apparaît donc, en définitive, que le principe de limitation temporelle du droit de propriété sur les résultats de la création est largement partagé par les droits fondamentaux.

645. *La perpétuité du droit moral.* À la différence des droits patrimoniaux, le droit moral est conçu comme un droit perpétuel. Cette conception des droits moraux est soutenue par une partie importante de la doctrine¹³⁴⁶. La perpétuité du droit moral est le plus souvent expliquée par son caractère éminemment personnel. Prévus par l'article L121-1 du CPI, cette caractéristique du droit moral n'est toutefois pas reconnue par les droits fondamentaux. En particulier, l'article 9 de la directive n° 2006/116/CE laisse les Etats membres libres de déterminer la durée de protection du droit moral.

646. *Une atteinte au droit de propriété.* Le droit de propriété n'est, en principe, pas limité dans le temps. Plus généralement, les droits, qu'ils soient ou non fondamentaux, ne sont pas temporaires. Imagine-t-on raisonnablement que la liberté d'expression ou le droit à un procès équitable soient limités dans le temps ? Il convient par conséquent d'admettre que la limitation dans le temps constitue une restriction du droit de propriété sur la création¹³⁴⁷. La question est alors de savoir si cette limitation est légitime. C'est ce que nous allons examiner en la confrontant à la liberté du commerce et de l'industrie.

B – La liberté du commerce et de l'industrie comme justification

647. *La position du problème.* D'une manière générale, les droits de propriété intellectuelle entrent en conflit avec la liberté d'entreprendre. Le droit de propriété du créateur interdit ainsi l'usage des créations par autrui. Il existe divers mécanismes permettant d'atténuer ce conflit. Le principe de spécialité en droit des marques en constitue un exemple. Le principe de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle vise également à opérer une conciliation

¹³⁴⁶ Voy. les références : Ch. ALLEAUME, « Droit des auteurs. Durée de la protection. CPI art. L.123-1 à L.123-12 », *JCI Civil annexes, V° Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1270, 2010, n° 21.

¹³⁴⁷ *Contra* Ch. GEIGER, « L'avenir des exceptions au droit d'auteur – Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G* 2005, I, 186. L'auteur considère que le droit de propriété représente une limite au principe général de liberté.

avec la liberté du commerce et de l'industrie. Ces deux droits fondamentaux doivent donc être conciliés pour coexister.

648. *Une conciliation.* La nécessaire conciliation entre le droit de propriété sur la création et la liberté d'entreprendre se manifeste, en particulier, par la mise en place d'un domaine public. Celui-ci apparaît, en effet, comme une manifestation de la liberté du commerce et de l'industrie¹³⁴⁸. La suppression du droit de propriété, au-delà d'une certaine période, assure que le titulaire du droit a disposé de suffisamment de temps pour exploiter sa création. Passée cette période, la liberté d'entreprendre justifie l'exploitation de la création par d'autres¹³⁴⁹. En l'absence de domaine public, le droit de propriété représenterait une rente injustifiée au profit du créateur. Le domaine public permet donc à chacun d'entreprendre à partir de la création d'autrui. Il faut enfin remarquer que le domaine public est parfois expliqué sur le fondement de l'intérêt du public à accéder aux créations. Il semble cependant que cette justification soit erronée : d'une part, le public a accès aux créations pendant la durée du monopole (dès lors que la création est divulguée) ; d'autre part, l'exploitation de création du domaine public n'est jamais gratuite. Les médicaments génériques, par exemple, ne sont pas gratuits. La diffusion en ligne de musique du domaine public n'est pas non plus gratuite (les frais de fonctionnement du site sont répercutés sur les utilisateurs). Il apparaît davantage que la liberté d'entreprendre du fabricant de médicaments génériques ou du site web de diffusion de musique du domaine public est au fondement de cette restriction du droit de propriété.

§ 2 – La liberté d'expression

649. *Les créateurs et le public.* Il est nécessaire de distinguer deux hypothèses très différentes de conflits. D'une part, la liberté d'expression peut être invoquée par des créateurs à l'encontre d'autres créateurs (**I**). La liberté de création sera alors au centre d'un conflit où la création soumise au droit de propriété sera elle-même objet du nouvel acte de création. D'autre part, la liberté d'expression peut être entendue comme la liberté de prendre connaissance des créations. Il s'agit de la face « négative » de la liberté d'expression, celle consistant à recevoir des informations. Ces restrictions au droit de propriété sur le bien créatif seront alors réalisées en faveur du public (**II**).

¹³⁴⁸ E. DREYER, « Image des choses », *JCl Communication*, fasc. 3760, 2006, n° 94, J.-M. BRUGUIERE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Prop. Intell.* 2010, dossier n° 10, n° 19

¹³⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « La durée du droit d'auteur », *RIDA* 1998, n° 176, p. 83, spéc. p. 93.

I – Les restrictions en faveur des créateurs

650. Les créateurs puisent leur inspiration dans la création des autres. Selon la fameuse affirmation de Giraudoux, « le plagiat est la base de toutes les littératures, excepté de la première, qui d'ailleurs est inconnue »¹³⁵⁰. Cette affirmation, certes caricaturale, est certainement valable pour tous les secteurs de la création¹³⁵¹. L'emprunt est ainsi un mécanisme presque naturel de la création. Mais l'emprunt peut dégénérer en abus. Il est cependant difficile de distinguer l'emprunt licite de la contrefaçon. Comment les distinguer ? Pour y répondre, la réflexion juridique est habituellement tournée vers la protection de la propriété intellectuelle : l'observation porte sur la nature et la quantité de l'emprunt de la création d'autrui. Mais les droits fondamentaux invitent à analyser ce conflit en mettant face à face l'emprunteur et l'emprunté. L'emprunteur bénéficie ainsi d'une liberté de création (**A**), dont une des manifestations concrètes consiste en la mise en œuvre d'une exception pour « utilisation créative » dans le domaine du droit d'auteur (**B**).

A – La liberté de création

651. *Les hypothèses de conflits.* Le droit de propriété des créateurs représente une limite à la liberté de création¹³⁵². Le travail des photographes ou des cinéastes se trouve par exemple limité par le droit des architectes dont les œuvres occupent l'espace public¹³⁵³. Les techniques d'expressions musicales nouvelles (*bootleg* ou *mashup*) conduisent les musiciens à créer à partir d'œuvres existantes. Plus généralement, la dématérialisation et la circulation aisée des œuvres sur Internet incitent à la création à partir d'œuvres existantes¹³⁵⁴. Internet n'est alors pas seulement un lieu d'échange des créations, mais également un lieu de création. L'univers numérique offre des possibilités de création pratiquement infinies. Mais les matériaux de la création font bien souvent l'objet d'un droit de propriété. Il convient, par conséquent, d'étudier le conflit entre créateurs successifs. La « création plurale successive »¹³⁵⁵ oppose d'une part le titulaire du droit de propriété et, d'autre part, le titulaire de la liberté de création. Dans quelles mesures le droit de propriété du créateur est-il affecté par la liberté de création ?

¹³⁵⁰ GIRAUDOUX, *Siegfried*, acte I, scène 2.

¹³⁵¹ Voy. par exemple A. VALLETTE, *L'emprunt musical*, thèse, Montpellier, 2002.

¹³⁵² Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique », *RLDI* 2007, n° 26.

¹³⁵³ Voy. à cet égard, la jurisprudence relative à la théorie de l'accessoire (not. B. KHALVADJIAN, « La théorie de l'accessoire a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI* 2008, n° 43, p. 43)

¹³⁵⁴ J.-P. FOURMENTRAUX, « Œuvres en partage. La création collective à l'ère d'Internet », *Connexions* 2008/2, n° 90.

¹³⁵⁵ L'expression est utilisée par le rapport Gaudrat-Massé (*op. cit.*), par opposition à la « création collective ordonnée ».

652. *Une limite fondée sur la liberté de création.* L'autorisation du titulaire du droit de propriété sur la création est en principe nécessaire pour créer à partir de l'œuvre d'autrui. La réalisation d'une œuvre de composite, par exemple, nécessite l'accord du créateur de l'œuvre première. L'article L.113-2 al. 2 du CPI dispose ainsi qu'« *est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ». L'article L.113-34 du CPI poursuit en précisant qu'elle « *est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ». L'absence d'accord du créateur de l'œuvre première conduit à une situation de contrefaçon. Une solution équivalente existe en droit des brevets. La liberté de création ne permet donc pas de déroger au droit de propriété sur le bien créatif. La liberté de création est pourtant un droit fondamental. Elle constituerait par conséquent une limite légitime. Il serait donc parfaitement concevable, du point de vue des droits fondamentaux, d'admettre la création à partir de la création d'autrui. Pour cela, il serait au moins nécessaire que l'usage de la création nouvelle ne parasite pas celle de la création première.

653. *Les mécanismes du droit de la propriété industrielle.* La justification fondée sur la liberté de création incite par ailleurs à repenser certains mécanismes existants en droit de la propriété industrielle¹³⁵⁶. En particulier, le principe de spécialité en droit des marques peut s'analyser comme une manifestation de la liberté de création. L'utilisation d'une marque est en effet admise dès lors qu'elle n'entre pas en concurrence avec celle d'autrui. La situation de concurrence est appréciée en fonction des « classes » de produits ou service pour laquelle elle est enregistrée. Il s'agit alors d'une application nouvelle du signe créatif. Une seconde application de la liberté de création se manifeste ensuite en droit des brevets. Les brevets portant sur une application nouvelle ou une combinaison nouvelle de moyens connus apportent une restriction au droit de propriété sur la création première fondée sur la liberté de création. Il s'agit en effet de créations prenant appui sur une création antérieure. « Perfectionner est inventer » estime Renouard¹³⁵⁷. Le droit de propriété sur celle-ci est alors restreint au bénéfice du nouveau créateur selon le mécanisme de l'article L.613-11 du CPI. Il faut enfin mentionner une forme de restriction du droit de propriété assez proche. Il s'agit des licences de dépendance accordées par le juge en droit des brevets lorsque la création présente, au terme de l'article L.613-15 de CPI, un « *progrès technique important et un intérêt économique considérable* ». L'objectif du législateur est d'assurer la circulation et le profit

¹³⁵⁶ Voy. l'analogie entre l'exception pour utilisation créative et la licence de dépendance : Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre », *RLDI* 2007, n° 26.

¹³⁵⁷ RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, *op. cit.*, n° 68.

commun des créations. La restriction est ici justifiée à la fois sur le terrain de la liberté du commerce et de l'industrie¹³⁵⁸ et du droit des consommateurs à bénéficier de la création.

654. *Les modes alternatifs de création fondés sur la liberté contractuelle : la création collaborative.* L'avènement d'Internet a donné lieu à la mise en place d'un nouveau mode de création : la création contributive¹³⁵⁹. Cette expression recouvre une grande variété de types de création basés sur la pluralité : Web 2.0, wiki, blogs, licence *creative commons*, *open source*, licences GNU/GPL, etc. constituent autant de moyens et de techniques juridiques permettant de créer en commun¹³⁶⁰. Il faut d'abord relever que la création collaborative ne signifie pas l'absence de droit de propriété. Bien au contraire ! Les licences de création contributive sont des contrats d'aménagement du droit de propriété et des droits moraux. Elles prévoient, par exemple, le respect du droit à la paternité. Elles permettent également le respect des droits de reproduction et de représentation en laissant le choix au créateur d'interdire la réalisation d'œuvres composites à partir de sa création (le signe « ND » manifeste cette interdiction). Dans le même sens, il est possible de prévoir l'utilisation uniquement non-commerciale de la création (le logo s'y rapportant est celui-ci : ☹). En réalité, loin de s'écarter du droit de propriété, les licences de création contributive reposent sur la liberté contractuelle des créateurs. Mais la liberté contractuelle ne s'explique que si le droit de propriété existe. Comment en effet passer un contrat s'il n'existe aucun droit à céder ? Il apparaît donc que ces modes alternatifs de création ne reposent pas sur la liberté de création mais sur la liberté contractuelle.

B – Une exception pour « utilisation créative »

655. *Les contenus créés par l'utilisateur.* La liberté de création trouve une application originale en matière de contenus créés par les utilisateurs de création. Cette problématique récente est née du constat qu'Internet favorisait la création à partir de biens immatériels protégés par un droit de propriété. Les utilisateurs se transforment alors en créateurs en

¹³⁵⁸ HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 2, « Brevets d'invention, Dessins et modèles industriels », Marchal et Billard, 1906, p. 15.

¹³⁵⁹ F. SARDAIN, « La création contributive sur Internet », *RLDI* 2008, n° 43.

¹³⁶⁰ La langue anglaise connaît un certain nombre d'expressions différentes pour désigner ces notions : « *User-generated content* », « *consumer-generated media* » ou encore « *user-created content* ». Voy. parmi les nombreuses études : J. GINSBURG, « Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs », *Columbia Public Law Research Paper* n° 08-166, E. LEE, « Warming Up to User-Generated Content », *University of Illinois Law Review*, Vol. 2008, n° 5, 2008.

modifiant ou adaptant des créations existantes, particulièrement à travers les blogs¹³⁶¹. Afin d'appréhender ce nouveau défi opposé au droit de propriété sur le bien créatif, l'idée d'une « exception pour utilisation créative » est débattue. En particulier, un tel mécanisme a fait l'objet d'une étude par la Commission des Communautés Européennes à travers le Livre Vert sur *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* du 16 juillet 2008¹³⁶². L'analyse des 372 réponses incite à la prudence selon la Commission¹³⁶³. Il semble prématuré, selon elle, de trancher cette question en raison du manque de clarté de la notion, de la difficulté de distinguer les utilisateurs des professionnels et de la difficulté d'articuler cette exception avec les exceptions existantes (citation, caricature, parodie, pastiche).

656. *Mise en œuvre.* Concrètement, la mise en œuvre d'une exception en faveur d'une utilisation créative est susceptible d'emprunter deux voies. La première est celle d'une exception aux droits patrimoniaux. La proposition du CEIPI va dans ce sens : « *le titulaire de droits ne peut interdire les œuvres créées à partir d'une œuvre préexistante, dès lors que son auteur est décédé, sous la condition d'en respecter l'esprit, cela sans préjudice du droit à la caricature, à la parodie, au pastiche, à condition de recevoir une rémunération équitable* ». Dans cette hypothèse, elle remplacerait le droit d'adaptation du créateur, ce qui n'est pas sans poser de problème. Pensons par exemple à l'adaptation à l'écran d'un scénario : cette situation devrait nécessairement être exclue d'une exception pour utilisation créative. En second lieu, cette figure pourrait plus généralement constituer un principe à la disposition du juge : une création suffisamment transformée ferait obstacle à une action en contrefaçon. La création serait en quelque sorte exclue du patrimoine du premier créateur par l'effet de l'acte créatif. Il serait nécessaire, à notre sens, que la création nouvelle n'entre pas en « concurrence » d'un point de vue économique avec la création transformée. Ce critère découle d'ailleurs de l'esprit du « triple test » en matière d'exception au droit d'auteur.

¹³⁶¹ Le régime des plateformes de partage de créations n'entrent pas dans notre propos. Il s'agit d'une question de responsabilité des hébergeurs et des éditeurs de contenus.

¹³⁶² Les contributions sont disponibles sur <http://www.circa.europa.eu>. La majorité des contributions sont hostiles à l'exception pour utilisation créative. Parmi elles : la République française, la SACD, téléfilm (Association française pour la protection internationale du droit d'auteur).

¹³⁶³ Communication de la Commission, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2009)532 final, p. 10.

II – Les restrictions en faveur du public

657. *Les exceptions au droit d'auteur.* Le législateur français prévoit différentes restrictions du droit de propriété sur le bien créatif à destination du public¹³⁶⁴. La plupart des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI visent ainsi les intérêts du public et des utilisateurs des œuvres. Les exceptions de copie privée et de représentation dans le cercle de famille sont en effet des licences légales en faveur du public dès lors que l'usage est gratuit¹³⁶⁵. L'exception de pédagogie vise à satisfaire les exigences du public en matière d'enseignement. En matière de droits voisins phonographiques, une licence légale a été introduite, par l'article L. 214-1 du CPI, dans la perspective de faciliter la diffusion massive d'œuvres par voie audiovisuelle.

658. Au-delà de ces exceptions particulières, dans quelles mesures la liberté d'expression justifie-t-elle des droits en faveur du public ? Quelles sont les « limites externes » du droit de propriété destinées à assurer la mise en œuvre des droits du public ? Il apparaît que deux droits fondés sur la liberté d'expression y participent : le droit du public à l'information (A) et le droit, plus délicat, du public à accéder aux créations (B).

A – Le droit du public à l'information

659. *La légitimité du droit du public à l'information.* Le droit du public à l'information est souvent présenté comme le corollaire de la liberté d'expression¹³⁶⁶. La Cour de cassation a ainsi expressément rattaché le droit du public à l'information à l'article 10 de la Convention EDH¹³⁶⁷. La Cour EDH considère, dans le même sens, que « l'accès du public à une information claire et exhaustive est considéré comme l'un des droits fondamentaux de la personne »¹³⁶⁸. Ce droit repose, par conséquent, sur des normes de valeur fondamentale. Il représente donc une limite légitime au droit de propriété des créateurs.

660. *Les manifestations.* Le droit du public à l'information se manifeste de plusieurs manières. Il peut par exemple justifier certaines dispositions du CPI. L'article L. 212-10 du

¹³⁶⁴ Admettre à ce stade que les restrictions sont adoptées « en faveur du public » revient à devancer notre raisonnement en confondant l'objet et la justification de la norme. Comme pour les restrictions en faveur des employeurs, un objectif de clarté du raisonnement implique de confondre ici l'objet et la légitimité de la norme.

¹³⁶⁵ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 361.

¹³⁶⁶ Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux) », *D.* 2005, p. 2683, V. VARET, « Droit d'auteur et droit du public à l'information », *Légipresse* 2004, n° 209, III, p. 23, Voy. cependant la qualification du droit du public à l'information comme un « intérêt légitime du public » : S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse, Montpellier, 2004, n° 1020.

¹³⁶⁷ Cass. 1^{er} civ., 15 juin 1994, *D.* 1994, IR, p. 189, Cass. 1^{er} civ., 2 octobre 2007, *Sté Hachette associés c. la FIFA*, *op. cit.*

¹³⁶⁸ Cour EDH, 18 juin 2002, *Öneryildiz c. Turquie*, Req. n° 48939/99, § 56.

CPI, prévoyant une exception au droit de propriété des artistes-interprètes lorsque leurs prestations sont accessoires, est ainsi parfois justifié sur ce terrain¹³⁶⁹. Le droit du public à l'information peut aussi fondé des solutions jurisprudentielles nouvelles. L'affaire *Utrillo* en constitue à cet égard la première manifestation en jurisprudence¹³⁷⁰. Il a depuis fait l'objet de nouvelles applications. Par exemple, il est invoqué par la jurisprudence pour admettre la reproduction du trophée de la Coupe de Monde de football en première page d'une publication de presse¹³⁷¹.

661. *L'ambiguïté du droit de l'information.* Afin de qualifier le droit du public à l'information comme une limite au droit de propriété des créateurs, il faut que le droit de propriété porte sur une « information ». Le créateur ne saurait toutefois avoir de droit de propriété sur l'information¹³⁷². Comme les idées, les informations ne font pas l'objet d'un droit de propriété. La forme de la création ne doit ainsi pas être confondue avec l'information véhiculée par cette forme. La création, source de la propriété, porte sur la mise en forme de l'information, non sur l'information elle-même. Les créations de journalistes illustrent cette dualité : la mise en forme de l'information par le journaliste fait l'objet d'un droit de propriété ; en revanche, l'information véhiculée par l'article du journaliste est libre. Le droit du public à l'information relève donc, dans ces hypothèses, d'une situation de *faux conflit*¹³⁷³.

B – Le droit du public d'accéder aux créations

662. *La nature du droit d'accéder aux créations.* Il faut à présent se demander si le public bénéficie d'un droit d'accéder aux créations¹³⁷⁴. Plus large encore que le droit à l'information, ce droit serait conçu à la manière d'une servitude en faveur du public. La première

¹³⁶⁹ La liberté d'expression est invoquée par l'amendement Colin, n° 181, *JO*, déb., Sénat, séance du 4 avril 1985, p. 145, col. 2, cité par B. EDELMAN, « Droit d'auteur et droits voisins », *D.* 1987, n° spécial hors série, commentaire de la loi du 3 juillet 1985, 1987, p. 74.

¹³⁷⁰ Cette affaire bien connue a pour point de départ la diffusion de toiles du peintre Maurice Utrillo par la chaîne France 2 en illustration d'un reportage consacré à une exposition du peintre. Le TGI de Paris a affirmé que « le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre et son auteur ». Une Cour d'appel a ensuite infirmé cette décision. La Cour de cassation a enfin rejeté le pourvoi (Cass. 1^{er} civ., 13 novembre 2003, *op. cit.*).

¹³⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2007, *Comm. com. élect.* 2008, comm. 2, note Ch. CARON.

¹³⁷² Voy. cependant, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

¹³⁷³ Voy. dans le même sens : F. DUBUISSON, « Quand le droit du public à l'information rencontre les droits sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STROWEL et F. TULKENS (Dir.), *Droits d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, p. 71, spéc. p. 83.

¹³⁷⁴ Voy. sur ce conflit : S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse, Montpellier, 2004, n° 596 et n° 673, A. ZOLLINGER, « Les bibliothèques numériques, ou comment concilier droit à la culture et droit d'auteur », *JCP E* 2007, 1784, F. SIIRIAINEN, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la "fonction" du droit d'auteur dans le cadre de sa "fondamentalisation" » in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 439.

interrogation est celle de la nature du droit du public d'accéder aux créations. La légitimité de ce droit face au droit de propriété en dépend. Si une partie de la doctrine du XIX^{ème} siècle considère que le public bénéficie d'un droit de jouissance sur l'œuvre, la nature de ce droit n'est pas véritablement précisée¹³⁷⁵. Une partie des auteurs contemporains considère que le public ne dispose pas d'un « droit », mais seulement d'un « intérêt » à accéder aux créations¹³⁷⁶. Cet intérêt serait ensuite rattachable au droit à la culture, qui est un droit fondamental¹³⁷⁷. Le droit à la culture est ainsi parfois avancé afin de justifier des restrictions aux droits de propriété des créateurs. Par exemple, M. Edelman considère que la licence légale de phonogramme de l'article L. 214-1 du CPI repose sur un « droit à la culture »¹³⁷⁸. Pourtant, le droit à la culture implique un « droit d'accès à la culture », et non pas un droit d'accès aux œuvres, dont le contenu est beaucoup plus large¹³⁷⁹. Il apparaît dès lors difficile de conférer au droit d'accès aux créations un caractère fondamental.

663. *Les manifestations : bibliothèques numériques, licence globale, interopérabilité, médicaments.* Le droit du public d'accéder aux créations est pourtant souvent invoqué afin de faire échec au droit de propriété du créateur. Les exemples sont nombreux. Il est ainsi avancé en faveur au soutien des projets de constitution de bibliothèques numériques en ligne¹³⁸⁰. Il est également invoqué afin de justifier la mise en œuvre de la licence globale sur Internet¹³⁸¹. Le droit à l'interopérabilité représente une autre manifestation du droit d'accès aux

¹³⁷⁵ PATAILLE, « De la nature et de la durée des droits des auteurs et des artistes sur leurs œuvres », *op. cit.*, p. 137, POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit.*, p. 22, RENOARD, *Traité des droits d'auteur*, t.1, *op. cit.*, p. 437, CHOSSON évoque quant à lui un « droit du public d'user l'œuvre » (CHOSSON, *La propriété littéraire. Sa législation en France et à l'étranger*, Sevin, 1895, p. 179).

¹³⁷⁶ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 30, A. STROWEL et F. TULKENS, « Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 29, Ph. GAUDRAT, « Prêt public et droit de location : l'art et la manière », *RTD Com.* 2008, p. 752, A. CHAPMAN, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligations découlant de l'article 15 (1)(c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XXXV n° 3, juillet-septembre 2001, Edition UNESCO, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux », *RTD eur.* 2008, p. 416, qui évoque un « agrément ».

¹³⁷⁷ Le préambule de la Constitution de 1946 prévoit ainsi que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ».

¹³⁷⁸ B. EDELMAN, « Droit d'auteur et droits voisins », *D.* 1987, numéro spécial hors série, commentaire de la loi du 3 juillet 1985, 1987, p. 68.

¹³⁷⁹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens, l'intérêt culturel juridiquement protégé*, *op. cit.* p. 501.

¹³⁸⁰ F. STASSE, *Rapport au Ministre de la culture et de la communication sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques*, La documentation française, 2005.

¹³⁸¹ La licence légale généralisée sur Internet, dite « licence globale », a fait l'objet d'intenses débats. Elle suppose également une importante restriction aux droits des créateurs en vue de satisfaire le public. La licence globale a fait l'objet d'âpres débats lors de la transposition de la Directive DADVSI. En particulier, le débat s'est concentré lors du rejet de l'amendement du député Patrick Bloch, soutenu par l'*Alliance public-artiste*. Malgré ce rejet, la licence légale généralisée sur Internet fait toujours l'objet de discussions

créations¹³⁸². Le droit d'accéder aux médicaments peut également être rattaché au droit d'accéder aux créations (bien qu'en l'occurrence, l'objectif de promotion de la santé publique semble plus pertinent).

664. *L'incompatibilité avec le noyau dur du droit de propriété.* Le droit d'accès aux créations se révèle en réalité incompatible avec le droit de propriété du créateur. La communication au public représente, en effet, l'essence même du droit de propriété du créateur, c'est-à-dire son noyau dur. Les droits de représentation et de reproduction n'ont de sens que par rapport au public¹³⁸³. Partant, un droit d'accès aux œuvres en faveur du public s'opposerait à l'essence même du droit de propriété du créateur. L'idée d'un droit d'accès aux œuvres s'avère alors en contradiction avec la nature du droit de propriété sur le bien créatif qui est fondée sur la personnalité et le travail du créateur¹³⁸⁴. En outre, le droit du public à accéder aux créations représente le plus souvent un paravent destiné à masquer la volonté de gratuité du consommateur¹³⁸⁵.

Section 2 – La protection de l'intérêt général

665. *Une limite légitime.* Le droit de propriété du créateur est limité par la protection de l'intérêt général¹³⁸⁶. Il s'agit là d'une limite commune à l'ensemble des droits fondamentaux¹³⁸⁷. Cet objectif est ainsi utilisé par le Conseil constitutionnel « comme une

¹³⁸² Le droit à l'interopérabilité contrebalance les mesures techniques de protection des œuvres. Le Conseil constitutionnel évoque un « *objectif d'interopérabilité* » (Cons. const., 27 juillet 2006, cons. 31). Certains auteurs se demandent en outre si le droit à l'interopérabilité ne serait pas plutôt la traduction de la liberté d'entreprendre au profit des éditeurs de logiciels (A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 890, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 349, J.-M. BRUGUIERE, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. com. électr.* 2007, étude 3).

¹³⁸³ Le droit de représentation de l'œuvre, composante du droit de propriété sur la création, est ainsi défini par l'article L. 122-1 du CPI comme « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* ». De même, le droit de reproduction de l'œuvre, composante du droit de propriété sur la création, consiste selon l'article L. 122-3 du CPI en « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public* ».

¹³⁸⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, préf. A. FRANÇON, LGDJ, 1989, n° 722.

¹³⁸⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, n° 275. À cet égard, il faut rappeler les termes d'un arrêt relatif aux décodeurs pirates opposant les utilisateurs aux diffuseurs de contenus. La Cour d'appel de Paris tranche en affirmant logiquement « *que le principe de la liberté de réception ne peut autoriser quiconque à prétendre bénéficier gratuitement des services* » (CA Paris, réf., 29 novembre 1984, GP 1985, 1, jurispr. p. 28).

¹³⁸⁶ M.-A. HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation. L'exemple des droits intellectuels », in *Arch. phil. dr. La jurisprudence*, Sirey, 1985, p.331, spéc. p. 336, J.-M. SALAMOLARD (Dir.), *La licence obligatoire en matière de brevet d'invention. Etude de droit comparé*, Droz, Genève, 1978, p. 51 et s. Voy. également le rapport de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 52^o session, op. cit. : « *le droit à la protection des intérêts moraux et matériels résultant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont une personne est l'auteur est un droit de l'homme, dans les limites dictées par l'intérêt général* ».

¹³⁸⁷ FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 201, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 428.

condition de constitutionnalité destinée à autoriser les restrictions législatives à un certain nombre de droits et libertés »¹³⁸⁸. L'article 17 de la Charte DFUE prévoit, dans le même sens, que « *l'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ». L'article 52 de ce texte prévoit, en outre, que « *dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général* » (souligné par nous). L'article al. 1 du Protocole n°1 à la Convention EDH énonce de même que les Etats peuvent « *réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* » (souligné par nous). L'article 17 de la DDH prévoit que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* » (souligné par nous). L'article 545 du C. civ. énonce, enfin, en des termes similaires, que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* » (souligné par nous).

666. Malgré l'omniprésence du critère de l'intérêt général dans les textes fondamentaux, son examen par les juges des droits fondamentaux demeure faible en matière de propriété¹³⁸⁹. Ainsi, la Cour EDH laisse une marge nationale d'appréciation importante et son contrôle est réduit à la recherche de l'objectif poursuivi par le législateur¹³⁹⁰. De même, le Conseil constitutionnel opère un contrôle minimum du critère de la « *nécessité publique évidente* », limité à la recherche de l'intention du législateur et à la vérification de l'absence de méconnaissance du droit de propriété¹³⁹¹. En toute hypothèse, la conciliation du droit de propriété, même motivée par la satisfaction de l'intérêt public, « ne doit pas pour autant méconnaître l'intérêt privé du propriétaire »¹³⁹². De plus, l'intérêt général est une notion vague, ce qui complique le travail d'analyse de la jurisprudence¹³⁹³.

¹³⁸⁸ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (Dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007, p. 35.

¹³⁸⁹ A. DEBET, *L'influence de la Convention EDH sur le droit civil*, op. cit., n° 868, J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit. n° 408, déplore que « les juges européens ne semblent pas exercer leur pouvoir ».

¹³⁹⁰ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, op. cit., § 69, Cour EDH, *Handyside c. R-U.*, op. cit., § 62.

¹³⁹¹ Cons. const., 16 janvier 1982, *Nationalisation* cons. 20 : « *Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789* ».

¹³⁹² F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 500.

¹³⁹³ À titre d'exemple, parmi tant d'autres, le Conseil d'Etat retient que « *la préservation des espaces boisés* » fait partie de l'intérêt général qui peut s'opposer au droit de propriété (CE, 17 février 2011, *M. Raymond Doré*, *AJDA* 2011, p. 359).

667. Afin de rendre plus claire cette notion, et donc d'assurer une meilleure sécurité juridique, il convient de rechercher ce que recouvre l'intérêt général lorsqu'il est opposé au droit de propriété sur la création. L'intérêt général désigne alors trois hypothèses. La première désigne un champ éthique, la protection de l'ordre public (§1). La seconde possède une dimension économique, la protection du marché (§2). Enfin, la troisième recouvre un domaine « étatique », la protection des intérêts nationaux (§3).

§ 1 – L'ordre public et les bonnes mœurs

668. *L'acte de création et le résultat de la création.* Le respect de la morale et de l'ordre public représente une limite de l'acte de création. Nous l'avons déjà examiné¹³⁹⁴. La moralité est définie suivant un certain nombre de critères. Les plus importants sont le respect de la dignité et la protection des mineurs. Le critère de l'ordre public et des bonnes mœurs joue un rôle bien différent en matière de bien créatif. En effet, un objet n'est pas « en lui-même » moral ou immoral. Cela dépend de l'usage qui en est fait. Il apparaît pourtant que le respect de la moralité et l'ordre public justifie, dans certaines circonstances, des atteintes au droit de propriété sur le résultat de la création (I). Ces restrictions apparaissent toutefois difficiles à justifier sur le terrain des droits fondamentaux (II).

I – Un obstacle au droit de propriété sur le bien créatif

669. Les effets de la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont radicalement différents selon que l'on se situe dans le cadre des droits de propriété industrielle ou dans celui des droits d'auteur. Une première explication pourrait résider dans le fait que l'ordre public et les bonnes mœurs n'ont pas le même poids selon que l'on se place dans une logique industrielle ou récréative. Nous avons cependant déjà relevé à plusieurs reprises que la frontière entre les secteurs de l'industrie et du divertissement ne permet plus aujourd'hui d'expliquer les différences entre les branches de la propriété intellectuelle. Ne parle-t-on pas d'industrie du cinéma ou d'industrie du jeu vidéo ? Il apparaît, en réalité, que le poids de la moralité en matière de droit de propriété industrielle découle de la délivrance d'un titre de propriété de la part de l'Etat. Dans ce cas, la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs représente un obstacle au droit de propriété (A). Le droit d'auteur, qui ne fait pas l'objet d'une telle procédure de délivrance de titre, n'est en revanche pas atteint par cette limite (B).

¹³⁹⁴ Cf. n° 222 et s.

A – Un obstacle aux droits de propriété industrielle

670. *Le droit des brevets.* La contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs représente un obstacle à la délivrance du titre de propriété en droit des brevets. L'article 27 al. 2 des ADPIC prévoit ainsi que « *les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité* ». L'article L.611-17 du CPI dispose à cet effet que « *ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». La contrariété à la moralité et à l'ordre public est également prévue comme cause de non-délivrance des brevets européens par l'article 53 de la CBE de 1973. Ce texte dispose que « *les brevets européens ne sont pas délivrés pour les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Souvent mentionné dans les textes, le refus de délivrance de brevet pour ce motif est pourtant assez rare en pratique. Il existe peu de jurisprudence sur le sujet. La plupart des arrêts cités par la doctrine sont d'ailleurs anciens et plutôt désuets, à l'instar du refus d'exclusion de la brevetabilité d'une pipe à opium¹³⁹⁵. En réalité, on note aujourd'hui un déplacement du problème sur le terrain de la brevetabilité du vivant¹³⁹⁶. Ainsi l'article 6 al. 2 directive sur les inventions biotechnologiques du 6 juillet 1998 cite en exemple les inventions biotechnologiques contraires à l'éthique comme la création de chimère homme-animal ou de clones. Précisons ici que cette interdiction relève davantage de l'*acte de création* (le vivant est un matériau interdit de la création) que du *résultat de la création*.

671. *Le droit des dessins et modèles et le droit des marques.* Le critère de la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs représente également un motif de refus d'enregistrement des marques et des dessins et modèles par l'INPI. L'article L.511-7 du CPI prévoit ainsi que « *les dessins ou modèles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne sont pas protégés* ». Un modèle de billet de banque ne peut pas, par exemple, donner lieu à la délivrance d'un titre de propriété¹³⁹⁷. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit une disposition équivalente en matière de marque. L'article L711-3 du CPI dispose ainsi que « *ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Cette exigence est également prévue par le droit européen. Le règlement 207/2009/CE du 26 février 2009 contient en effet une exigence de non contrariété à l'ordre

¹³⁹⁵ Trib. Corr. Seine, 29 novembre 1913, A. 1915-1916, II, 16.

¹³⁹⁶ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 223.

¹³⁹⁷ CA Paris, 3 avril 1998, *PIBD* 1998, n° 658-III-389.

public. La marque « Cannabia », par exemple, ne peut pas constituer un titre valable pour de la bière¹³⁹⁸. La marque semi-figurative « puta madre », destinée à désigner des vêtements, est également contraire aux bonnes mœurs¹³⁹⁹. La marque « Opium » est en revanche valable pour du parfum¹⁴⁰⁰. De même, une marque représentant le blason de l'URSS est refusée à l'enregistrement par la chambre des recours de l'OHMI¹⁴⁰¹.

B – Une indifférence en matière de droit d'auteur

672. *L'indifférence de l'ordre public et des bonnes mœurs.* Le droit d'auteur ne connaît pas, en revanche, une telle limitation sur le terrain de l'ordre public et des bonnes mœurs¹⁴⁰². Ces qualités sont en effet indifférentes à la constitution du droit de propriété. Le droit d'auteur est moralement neutre. Un exemple classique est souvent cité : les films pornographiques font parfaitement l'objet d'une protection par le droit d'auteur¹⁴⁰³. De même, les graffitis font l'objet d'une protection par le droit d'auteur, même lorsqu'ils sont réalisés sur un mur appartenant à autrui¹⁴⁰⁴. Ce constat jette cependant un trouble. Comment, en effet, justifier une telle différence de régime avec le droit des brevets, des marques et des dessins et modèles ? Cette différence aboutit d'ailleurs à une situation paradoxale en matière de dessins et modèles où, en vertu du principe de l'unité de l'art, la création immorale est protégée par le droit d'auteur.

673. *L'indifférence du mérite.* On a parfois expliqué l'indifférence du droit d'auteur à la morale par l'interdiction de prendre en compte le mérite des œuvres¹⁴⁰⁵. Cette prohibition faite au juge par l'article L112-1 du CPI justifierait la neutralité morale de la propriété sur l'œuvre. L'explication n'emporte toutefois pas la conviction car il s'agit de notions différentes. L'ordre public et les bonnes mœurs ne doivent pas être appréciés en fonction du

¹³⁹⁸ CA Paris, 18 octobre 2000, *D.* 2002, som. p.1131, note S. DURRANDE.

¹³⁹⁹ Cass. com, 29 mars 2011, *Prop. indus* 2011, comm. 49, obs. P. TREFIGNY-GOY.

¹⁴⁰⁰ CA Paris, 7 mai 1979, *PIBD* 1980, n° 256-III-87.

¹⁴⁰¹ OHMI, ch. des recours, 5 mars 2010, aff. R1509/2008-2, *Prop. Intell.* 2010, p. 891.

¹⁴⁰² Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 102, qui estime que le droit d'auteur est « amoral », A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et le droit voisin*, Dalloz, 1999, p. 125. Voy. un exemple de reconnaissance du droit d'auteur sur une création constitutive d'une infraction pénale : CA Paris, 27 septembre 2006, *Légipresse* 2007, III, 84, note B. GLEIZE, s'agissant d'un tag. Voy. cependant l'interprétation *a contrario* d'un arrêt de la Cour de cassation à propos de films pornographiques : Cass. crim, 28 septembre 1999, *Comm. com. électr.* 2000, comm. n° 4, obs. Ch. CARON, *Grand arrêts de la propriété intellectuelle*, comm. n° 7, note J.-M. BRUGUIERE. Voy. pour la protection par le droit d'auteur des films pornographiques : Cass. crim., 6 mai 1986, *RIDA*, 1986, n° 130, p. 149, *D.* 1987, som. p. 150, obs. C. Colombet, Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1982, *Bull. civ.*, n° 99, *GP.*, Rec. 1982, pan. p. 249.

¹⁴⁰³ Cass. crim, 6 mai 1986, *JCP* 1986, IV, 200.

¹⁴⁰⁴ CA Paris, 29 janvier 2002, *D.* 2002, somm. p. 2509, obs. B. MALLET-BRICOUT.

¹⁴⁰⁵ M. VIVANT, « *Propriété intellectuelle et ordre public* », in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307.

mérite du créateur. Une création méritante peut parfaitement être contraire à la moralité. L'auteur d'un tag a parfois du mérite d'un point de vue artistique. Inversement, une création conforme à la morale peut n'avoir aucun mérite.

674. *La délivrance d'un titre de propriété.* Une seconde explication de la différence de traitement entre les droits de propriété industrielle et le droit d'auteur réside dans les modalités d'acquisition de la propriété. La protection par les droits de propriété industrielle nécessite la délivrance de titres de propriété par l'Etat. La protection par le droit d'auteur ne nécessite en revanche aucune formalité. On peut donc penser que l'Etat ne souhaite pas garantir la propriété, à travers la délivrance d'un titre, sur une création qui serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ce raisonnement n'emporte pas non plus la conviction. Le titre de propriété sur une création industrielle est déclaratoire. Cela signifie que l'origine de la propriété se trouve dans le travail créatif, et non dans la délivrance du titre. Rappelons que la fonction essentielle des droits de propriété sur la création est la « rémunération de l'effort créateur ». En outre, cet argument implique de distinguer la protection accordée par l'Etat à travers un « titre de propriété » et celle accordée par l'effet de la loi. Or, bien évidemment, en admettant un droit de propriété sur des œuvres « immorales », l'Etat accorde également une protection juridique et judiciaire au créateur. Il convient donc de rechercher ailleurs la légitimité de la limitation fondée sur la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs.

II – Une légitimité incertaine

675. *Un caractère flou.* L'appréciation de la légitimité de cette restriction fait l'objet de peu de débat. On la considère le plus souvent comme légitime sans fournir plus d'explications¹⁴⁰⁶. Il nous apparaît cependant qu'elle heurte les droits fondamentaux. La première critique repose sur son caractère flou, et donc sur son risque pour la sécurité juridique¹⁴⁰⁷. Il ne semble toutefois pas nécessaire de développer cette critique dans la mesure où il s'agit de standards dont la souplesse est un caractère inhérent. En revanche, une autre critique semble davantage problématique : il s'agit de la contrariété à la fonction essentielle du droit de propriété sur le bien créatif.

¹⁴⁰⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 193.

¹⁴⁰⁷ E. SERGHERAERT et D. VION, « La notion d'ordre public et de bonnes mœurs : un critère essentiel de brevetabilité pour la délivrance des brevets européens », *D.* 2005, p. 1994.

676. *La fonction essentielle.* Comme nous l'avons déjà relevé à plusieurs reprises, la fonction essentielle du droit de propriété sur le bien créatif est la « *rémunération de l'effort créateur* ». Cette fonction essentielle est commune à l'ensemble des droits de propriété sur le bien créatif. L'origine de la propriété sur le bien créatif réside alors dans le travail créatif, et non dans l'octroi d'un titre. Il semblerait donc logique que les restrictions au droit de propriété soient les mêmes pour toutes les propriétés créatives¹⁴⁰⁸. Mais, au-delà de cette critique qui repose sur l'égalité entre les créations, la fonction essentielle incline à penser que la contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne doit pas influencer la *constitution* du droit de propriété sur le bien créatif, mais seulement son *usage*¹⁴⁰⁹. La difficulté ne réside pas dans l'objet de la propriété, mais dans l'usage qui en est fait. L'article L.611-17 du CPI prévoit ainsi que ne sont pas brevetables les créations dont « *l'exploitation serait contraire* » à ces critères. Or, ce qui était interdit peut devenir autorisé en fonction de l'évolution des mœurs. Imaginons la légalisation du cannabis : la marque « Cannabia » serait dès lors certainement valable. Il nous semble donc que la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne devrait pas être envisagée comme une cause *de refus* du droit de propriété, mais davantage comme une interdiction d'exploiter une création. Les conséquences pratiques d'une telle acception de la propriété du bien créatif sont importantes. En plus de l'hypothèse de l'évolution des mœurs, elle conduit à distinguer suivant *l'usage* qui est fait de la création. Un bien créatif peut parfaitement avoir un usage immoral dans certains cas seulement.

677. *L'acte de création et le résultat de la création.* Le refus d'admettre le droit de propriété sur le bien créatif en cas de contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs peut dès lors être expliqué grâce à la distinction entre l'acte de création et le résultat de la création. Plutôt que de raisonner sur le terrain du bien créatif, et donc du droit de propriété, il faudrait davantage porter la réflexion sur celui de l'acte de création. En effet, l'acte de création est prohibé lorsque les matériaux sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (à l'instar de la dignité). La prohibition de l'acte de création conduit à interdire *l'usage* du bien créatif. Dès lors, le droit de propriété existe mais demeure paralysé. L'effet est donc le même d'un point de vue pratique : dans tous les cas, l'exploitation des créations contraires à l'ordre public est paralysée. Le raisonnement basé sur l'acte créatif permet, en revanche, de préserver le droit de propriété.

¹⁴⁰⁸ M. VIVANT, « *Propriété intellectuelle et ordre public* », in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307, spéc. p. 310.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p.321.

§ 2 – Le marché

678. *Les conflits de droits.* Dès le XIX^{ème} siècle, les opposants à la propriété intellectuelle considèrent qu'elle représente une entrave à la liberté d'échanger, de penser et de créer¹⁴¹⁰. Dans certaines circonstances, en effet, la propriété des formes peut entraver le fonctionnement du commerce. Il existe ainsi certains remèdes visant à promouvoir la liberté du marché. Il s'agit par exemple de l'hypothèse classique des « facilités essentielles », où l'accès à une création est indispensable pour accéder à un marché. Plus généralement, il convient donc de trouver un équilibre entre le droit de propriété et la liberté du commerce. L'examen de la légitimité de cet objectif est ainsi nécessaire.

679. La protection de la liberté de la concurrence des acteurs du marché a pour objectif, *in fine*, d'assurer la protection du marché lui-même¹⁴¹¹. Bien que d'importants débats animent les juristes et les économistes quant au « sujet » protégé par le droit de la concurrence, le rôle du consommateur est en particulier vivement discuté, la protection du marché est le plus souvent considérée comme un objectif d'intérêt général¹⁴¹². Le droit de la concurrence est même qualifié de « droit de l'homme »¹⁴¹³. Si, de *prime abord*, le droit de propriété sur le bien créatif et le droit de la concurrence visent tous les deux à favoriser l'innovation et la création, il apparaît cependant qu'ils entrent en collision dans certaines situations¹⁴¹⁴. Le droit de propriété du bien créatif peut, en effet, entraver la libre concurrence en raison de son caractère territorial et de l'exclusivité qu'il confère à son titulaire. Le droit de la concurrence impose alors certaines limitations légitimes au droit de propriété sur le bien créatif (I). Ses limites se manifestent par des mécanismes originaux qu'il convient de présenter (II).

¹⁴¹⁰ L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^{ème} siècle », *RIDA* 2005, p. 117

¹⁴¹¹ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos B. VESTERDORF, Préf. G. CANIVET, LGDJ, 2008, p. 51 et s., spéc. p. 118.

¹⁴¹² A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3^o ed., 2008, n^o 1, RIPERT et ROBLLOT, *Traité du droit des affaires*, par L. VOGEL, LGDJ, t.1, 19^o ed, 2010, n^o 807-2, G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie*, préf. J.-L. AUTIN, Dalloz, NBT, 2006, not. n^o 96 et 1374, E. BACCICHETTI et Ph. BONNET, « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 2009, 2057, p. 18, n^o 9 et s., Ph. LE TOURNEAU, « Liberté, Egalité, Fraternité dans le Droit de la concurrence », *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 348.

¹⁴¹³ L. VOGEL, « Droits de l'homme et droit de la concurrence », *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 443.

¹⁴¹⁴ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, op. cit., passim, G. BONET, « L'épuisement des droits de propriété intellectuelle », in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, colloque IRPI, Litec, 1993, p. 89.

I – La légitimité des restrictions

680. *L'objectif de protection du marché.* Les restrictions au droit de propriété sur le bien créatif reposent sur deux droits fondamentaux visant la protection du marché. Le premier, intimement lié à la construction du marché unique européen, est le droit à la libre circulation des marchandises (**A**). Le second, plus général, est le droit à la libre concurrence des opérateurs du marché (**B**).

A – La liberté de circulation

681. *Position du problème : exclusivité et territorialité.* La libre circulation des marchandises se trouve à la base de la construction du marché unique européen. À côté des barrières douanières et tarifaires, les droits de propriété sur les biens créatifs, incorporés aux marchandises, peuvent constituer des obstacles à leur libre circulation. Ils représentent alors des obstacles à la libre circulation. En particulier, deux caractéristiques du droit de propriété sur le bien créatif sont à l'origine du conflit avec la liberté de circulation : l'exclusivité conférée par le droit de propriété et le caractère territorial de ce droit. L'exclusivité du droit de propriété conduit, en effet, à priver les concurrents du droit de disposer des marchandises incorporant un bien créatif : une importation de ces marchandises serait analysée en une contrefaçon car le titulaire du droit de propriété n'a pas autorisé la mise sur le marché. Les systèmes de protection de la propriété sur le bien créatif ont, en outre, une origine nationale : les critères de protection et leur régime sont dictés par les lois nationales. L'effet combiné de ces deux critères aboutit à bloquer la liberté de circulation des marchandises : le propriétaire du bien créatif peut contrôler la circulation des marchandises dans plusieurs Etats membres en vertu du droit exclusif « dupliqué » dans chaque système juridique. Le créateur peut, par conséquent, interdire l'importation parallèle d'une marchandise grâce à la multiplication des droits exclusifs. Imaginons une création, réalisée en Allemagne, qu'un concurrent souhaite importer en France : en bénéficiant d'un droit de propriété en Allemagne et d'un autre droit de propriété en France (en vertu du principe de territorialité) le créateur allemand peut parfaitement interdire l'importation d'une marchandise vers la France (elle constituerait une contrefaçon), bien qu'il ait déjà autorisé la mise sur le marché en Allemagne. Le droit de propriété permet donc de cloisonner les marchés nationaux.

682. *La légitimité des restrictions.* Il est alors rapidement apparu que les droits de propriété intellectuelle pouvaient représenter des limites à la libre circulation des marchandises¹⁴¹⁵. Cette liberté est pourtant à la base du marché unique. L'article 26 al.2 TFUE (ex-article 14 TCE) prévoit ainsi que « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ». Afin de garantir cette liberté, l'article 34 TFUE (ex-article 28 TCE) prévoit que « *les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres* ». Or, comme nous l'avons dit, les droits de propriété sur le bien créatif représentent des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Pourtant, le droit européen prévoit que les droits de propriété sur le bien créatif sont, en principe, des limites légitimes à la liberté de circulation : l'article 36 TFUE (ex-article 30 TCE) prévoit ainsi que « *les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons (...) de protection de la propriété industrielle et commerciale* » (souligné par nous). Les droits de propriété sur le bien créatif représentent donc des limites légitimes à la liberté de circulation.

683. *L'usage abusif du droit de propriété sur le bien créatif.* Ces deux droits étant d'une identique légitimité du point de vue des droits fondamentaux, il est nécessaire de les concilier. L'équilibre entre ces deux droits repose notamment par l'interdiction de l'abus du droit de propriété sur le bien créatif. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 36 TFUE ajoute que « *ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* ». Au niveau international, l'article 8 al. 2 des ADPIC prévoit dans le même sens que « *des mesures appropriées (...) pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie* ». Il semble logique, en effet, que le titulaire du droit de propriété ne puisse pas abuser de son droit. Reste alors à savoir ce que signifie l'abus de droit de

¹⁴¹⁵ DESBOIS, « Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de concurrence dans le Traité du Marché Commun », in *Mélanges Roubier*, Dalloz, 1961, t. 2, p. 425.

propriété sur le bien créatif. À partir de quel moment le titulaire du droit de propriété dépasse-t-il l'usage normal de son droit ?

684. *L'objet spécifique (noyau dur).* La jurisprudence de la CJUE propose un équilibre entre le droit de propriété du bien créatif et la liberté de circulation par le biais de la notion d'objet spécifique¹⁴¹⁶. Cette notion, qui caractérise le noyau dur du droit de propriété sur le bien créatif, permet de mesurer le degré de liberté dont bénéficie le titulaire du droit de propriété¹⁴¹⁷. Celui-ci demeure protégé à concurrence du noyau dur de son droit de propriété¹⁴¹⁸. La restriction fondée sur la liberté de circulation des marchandises ne saurait donc atteindre l'objet spécifique du droit de propriété. En l'occurrence, le noyau dur est pratiquement identique à l'ensemble des droits de propriété sur le bien créatif. L'objet spécifique du droit de brevet, des dessins et modèles, de la marque et du droit d'auteur et des droits voisins réside dans le droit exclusif de consentir à la fabrication des marchandises et à leur première mise en circulation. Cette solution est logique au regard des droits fondamentaux : au-delà de l'objet spécifique, la restriction devrait être analysée en tant que *privation* du droit de propriété, ce qui supposerait alors l'allocation d'une juste et préalable indemnité, et non plus en une restriction.

B – La liberté de la concurrence

685. *Entente, abus de position dominante et concentration.* La liberté de la concurrence représente une seconde source de limitations du droit de propriété du bien créatif basée sur l'objectif de protection du marché¹⁴¹⁹. En particulier, les droits fondamentaux prohibent trois types de comportements susceptibles d'affecter le fonctionnement du marché : les ententes, les abus de position dominante et les concentrations portant atteinte à la concurrence. Ces restrictions sont légitimes car elles sont prévues par des normes européennes. Il convient de les présenter de façon succincte.

686. *Les ententes prohibées.* L'article 101 du TFUE (ex-article 81 TCE) prévoit que « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes*

¹⁴¹⁶ Rappelons classiquement que le droit européen opère une distinction entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle : le droit européen ne s'occupe pas des questions relatives à l'existence du droit de propriété (CJCE, *Parke Davis*, aff. 24/67, *Rec.*, p. 82).

¹⁴¹⁷ CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm*, *op. cit.*, CJCE 3 mars 1988, *Allen and Hanburys*, *Rec. CJCE*, p. 1245, CJCE, *Deutsche Grammophon*, *op. cit.*, att. 12.

¹⁴¹⁸ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. BONET, Litec, 2009, n° 360.

¹⁴¹⁹ Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse », in *La concurrence. Travaux de l'association Henri Capitant*, t. LVI, Société de législation comparée, 2006, p. 1, spéc. p. 7, J. MESTRE et M.-E. PANCAZI, *Droit commercial, op. cit.*, n° 93.

décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ». Il s'agit des ententes qui produisent une perturbation du marché, en particulier en interdisant l'accès au marché à certains concurrents ou qui les empêchent de fixer librement les prix. Les contrats de licence portant sur la propriété sur le bien créatif peuvent justement constituer des ententes prohibées, sauf lorsque la licence est dite « ouverte », c'est-à-dire qu'elle laisse possible les importations parallèles¹⁴²⁰. Les accords de représentation réciproque entre sociétés de gestion collective ne constituent pas, en revanche, en eux-mêmes des ententes illicites¹⁴²¹.

687. *Les abus de position dominante.* Les abus de position dominante, constituant des entraves à la liberté de la concurrence, sont prohibés par l'article 102 du TFUE (ex-article 82 TCE). Ce texte dispose qu' « est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ». Bien entendu, la simple mise en œuvre de l'objet spécifique du droit de propriété sur le bien créatif ne constitue pas, en elle-même, un abus de position dominante. La CJUE le précise lors de l'arrêt *Parke Davis* en 1968 : « le seul fait d'obtenir le bénéfice d'un droit exclusif accordé par la loi, droit dont la substance consiste à pouvoir empêcher la fabrication et la vente des produits protégés par des tiers non autorisés, ne peut pas être regardé comme une méthode abusive d'élimination de la concurrence »¹⁴²². L'analyse de l'abus de position dominante est également réalisée en référence à la fonction essentielle depuis les arrêts *Renault* et *Volvo* en matière de dessins et modèles¹⁴²³. La crainte d'entraves à la liberté du marché est particulièrement sensible s'agissant des sociétés de gestion collective. Celles-ci sont en effet en situation de quasi-monopole dans la plupart des pays. Pourtant, les autorités européennes et françaises ont considéré que cette situation permettait d'assurer une meilleure protection des créateurs et des consommateurs en leur offrant un guichet unique¹⁴²⁴.

¹⁴²⁰ CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser et Eisele*, arrêt dit « *Semence de maïs* », aff. 258/78, *Rec.*, p. 2015.

¹⁴²¹ CJCE, 13 juillet 1989, « *Ministère public c. Tournier* », aff. 395/87, *Rec.*, p.2 521.

¹⁴²² CJCE 29 février 1968, « *Parke Davis* », aff. 24/67, *Rec.* p. 81.

¹⁴²³ CJCE, 5 octobre 1988, « *Renault* », aff. C-53/87, *Rec.*, p. 6039, CJCE, 5 octobre 1988, « *Volvo* », aff. C-238/97, *Rec.*, p.6211.

¹⁴²⁴ CJCE, 21 mars 1974, « *SABAM* », aff. C-17/73, *Rec.*, p.313, Déc. Commission, 4 décembre 1981, *GEMA II*, *JOCE* 8 avril 1982, CJCE, 11 décembre 2008, « *Kanal* », aff. C-52/07, Cons. conc., 26 avril 2005, déc. n° 05-D-

688. *Le contrôle des concentrations.* Les opérations de concentration représentent également un risque pour la liberté de la concurrence. Les droits de propriété intellectuelle, en particulier les droits sur les marques, sont parfois mis en cause lors de ces opérations¹⁴²⁵. Leur analyse est un moyen de déterminer le pouvoir de marché de la nouvelle entreprise et d'évaluer la constitution de barrières à l'entrée sur le marché. Ils sont en effet susceptibles « d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise » comme le précise le règlement CE sur les concentrations¹⁴²⁶.

II – Les restrictions du droit de propriété

689. La référence au noyau dur (objet spécifique et fonction essentielle) permet en principe de concilier le droit de propriété sur le bien créatif et la liberté de la concurrence. En principe, l'usage du droit de propriété conformément à son noyau dur est une limite légitime à la liberté de la concurrence (A). Mais, par exception, la garantie du fonctionnement libre du marché conduit à limiter la liberté contractuelle par le biais des mécanismes de licences forcées (B).

A – La modulation du noyau dur

690. La modulation du noyau dur permet de faire cohabiter le droit de propriété sur le bien créatif et l'objectif légitime de protection du marché. Il existe à cet effet deux méthodes ayant en commun de moduler le noyau dur du droit de propriété : la technique de l'épuisement du droit de propriété (1) et la limitation de la durée du droit de propriété (2).

1 – L'épuisement du droit de propriété

691. *La préservation du noyau dur.* L'épuisement est un mécanisme visant à assurer un équilibre entre la liberté du marché et le droit de propriété intellectuelle¹⁴²⁷. Le respect de la liberté de circulation des marchandises et de la liberté de concurrence ne saurait en effet aller jusqu'à priver totalement le créateur du droit de propriété¹⁴²⁸. La conciliation de ces droits fondamentaux conduit alors à cantonner la restriction du droit de propriété sur le bien créatif à

16, *Comm. com. électr.* 2005, comm. 107, note. G. DECOQ. Voy. pour une analyse complète de la question : A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1485 et s.

¹⁴²⁵ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 203 et s., E. BACCICHETTI et Ph. BONNET, « Contrôle des concentrations et droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 2009, n° 47, p. 35.

¹⁴²⁶ Article 3.2.a) du Règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

¹⁴²⁷ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 173 et s. et n° 373, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1013.

¹⁴²⁸ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 173. L'auteur parle d'une « érosion » du droit de propriété intellectuelle.

son noyau dur. Le droit de propriété du créateur est ainsi épuisé à la première mise sur le marché du produit incorporant le droit de propriété sur le bien créatif. La CJUE considère pour l'ensemble des droits de propriété sur le bien créatif que « *l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle ne comporte pas le droit pour son titulaire d'empêcher l'importation dans un État membre d'un produit licitement mis en circulation sur le marché d'un autre État membre par le titulaire lui-même ou avec son accord* »¹⁴²⁹. La détermination de l'étendue de l'épuisement dépend en outre étroitement de la fonction essentielle du droit de propriété sur le bien créatif. La première mise en circulation suffirait ainsi à rémunérer l'effort créateur. Appliqué au droit d'auteur par exemple, le droit de reproduction s'épuise donc au premier usage : une fois le bien créatif incorporé à un objet, il n'est plus possible de le contrôler. Les droits de représentation et location, en revanche, ne s'épuisent pas car leur mise en œuvre entre dans la fonction essentielle du droit (la rémunération de l'effort créateur).

692. *La prévisibilité de la règle de l'épuisement.* La technique de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est aujourd'hui fermement ancrée. Elle résulte d'abord d'une jurisprudence ancienne de la CJUE, reprise depuis par plusieurs textes européens. La directive du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 prévoit par exemple ce mécanisme au sujet de la marque¹⁴³⁰. Le CPI l'admet également pour la plupart des droits de propriété sur le bien créatif¹⁴³¹. Le droit international en revanche ne prévoit pas un tel mécanisme. L'article 6 des ADPIC l'exclut même expressément. Il faudrait, pour admettre l'épuisement international, un accord sur les notions d'objet spécifique et de fonction essentielle estiment les Professeurs Carreau et Julliard¹⁴³². Il nous semble toutefois qu'un consensus sur le noyau dur des droits de propriété sur le bien créatif soit envisageable¹⁴³³. La véritable raison du refus de l'épuisement international réside davantage dans le refus des Etats de décloisonner totalement leurs marchés.

¹⁴²⁹ CJCE, 16 juillet 1998, « *Silhouette* », aff. C-355/96, *Rec.*, p. I-4799, *RTD eur.* 2000, p. 112, obs. G. BONET.

¹⁴³⁰ PE et Cons., dir. n° 2008/95/CE, 22 oct. 2008, art. 7.1.

¹⁴³¹ Voy. les articles L.122-6 (droit d'auteur sur les logiciels), L.122-3-1 (droit d'auteur), L.221-6 (droits voisins), L.513-8 (dessins et modèles), L.613-6 (brevet), L.713-4 (marque) du CPI.

¹⁴³² D. CARREAU et P. JULLIARD, *Droit international économique*, op. cit., n° 997.

¹⁴³³ Un nombre important d'Etat a d'ailleurs opté pour l'épuisement international. Voy. P. ARHEL, « Choix du régime de l'épuisement des droits de brevet : une flexibilité susceptible d'être limitée par le titulaire du brevet », *Prop. indus.* 2011, étude 11.

2 – La limitation de la durée du droit de propriété

693. *Le domaine public.* L'existence d'un domaine public est un élément commun à la plupart des droits de propriété intellectuelle¹⁴³⁴ et à pratiquement tous les systèmes juridiques¹⁴³⁵. L'entrée dans le domaine public signifie que la création est librement utilisable par tous. Le droit fondamental de propriété est alors éteint par effet de la loi¹⁴³⁶. La fonction de la durée limitée des droits de propriété sur le bien créatif fait l'objet d'intenses débats. Deux analyses du domaine public s'opposent. Selon la première, la limitation de la durée du droit de propriété vise à remplir un objectif de protection du consommateur et d'enrichissement du patrimoine commun¹⁴³⁷. Le domaine public serait alors justifié par l'intérêt général ou le droit d'accès du consommateur. Mais cette justification nous paraît insuffisante. En réalité, la liberté de la concurrence semble davantage justifier la constitution d'un domaine public¹⁴³⁸. L'exploitation des créations du domaine public bénéficie en pratique davantage aux concurrents du créateur qu'aux consommateurs. Par exemple, la fabrication de médicaments génériques à partir de brevets tombés dans le domaine public bénéficie avant tout aux concurrents du breveté, quoique le prix pour le consommateur soit bien entendu plus faible. Le domaine public ne signifie pas que l'utilisation du médicament est gratuite pour tous. Dans le même sens, l'entrée dans le domaine public de dessins et modèles permet aux entreprises de modes de copier les créations à succès, en particulier celles de l'industrie du luxe. Encore une fois, le domaine public ne signifie pas la gratuité en faveur des consommateurs. D'ailleurs, dans ce cas, existe-t-il véritablement un « intérêt » pour le consommateur à obtenir une création de mode ? De même, la réédition d'une œuvre musicale ou d'un film suppose un coût (pressage, numérisation, frais de promotion). Ce propos doit être nuancé en matière de droit d'auteur car la numérisation des œuvres conduira peut-être demain à la gratuité des œuvres du domaine public (à moins que les standards du numérique d'aujourd'hui ne soient plus compatibles avec la technologie de demain).

¹⁴³⁴ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 770 et s.

¹⁴³⁵ À noter qu'une loi britannique (Section 301 du *Copyright, Designs and Patent Act* de 1988) prévoit une protection perpétuelle de l'œuvre *Peter Pan* (voy. l'exposé de P. KAMINA, « Droit d'auteur et discriminations. Brèves réflexions sur les inégalités de traitement en propriété littéraire et artistique », in *Droit et technique. Mélanges en l'honneur de X. Linant de Bellefond*, Litec, 2007, p. 253.

¹⁴³⁶ Cf. n° 642.

¹⁴³⁷ R. CASTELAIN, « La durée de protection », *RIDA* avril 1958, p. 379, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droit voisins, op. cit.*, n° 339, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 414, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 44

¹⁴³⁸ J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, t.1, *op. cit.*, n° 746., F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 27.

694. *La restriction du noyau dur du droit de propriété.* Le domaine public apparaît ainsi comme une limitation du noyau dur du droit de propriété. La durée du droit de propriété est en théorie calculée en tenant compte de l'objectif de « rémunération de l'effort créateur ». Au-delà d'une certaine durée, on estime que le créateur a reçu une rémunération suffisante. Le domaine public permet de limiter « l'effet de rente » que peuvent constituer les droits de propriété intellectuelle. Bien que la durée du monopole soit couramment justifiée sur ce terrain, il semble néanmoins que les durées proposées ne correspondent pas véritablement à la période de rentabilisation de la création¹⁴³⁹. Dans le domaine du droit d'auteur, par exemple, que le créateur décède jeune ou vieux ne modifie pas la durée d'exploitation du droit de propriété. Le temps d'exploitation, donc de rentabilisation, n'est pourtant pas le même¹⁴⁴⁰. La durée de rentabilisation est, en outre, différente selon les créations. Songeons à une création informatique qui, en quelques années, devient obsolète. Elle demeure pourtant protégée pendant 70 ans après la mort de l'auteur... En contrepoint, le droit de propriété sur un brevet ayant nécessité de nombreuses années de recherche-développement s'éteint au bout de 20 ans. Il apparaît donc impossible d'expliquer la durée de protection par l'épuisement de l'objet spécifique du droit¹⁴⁴¹. Il faut donc convenir que la durée limitée du droit de propriété est réalisée au mépris de son noyau dur. Cela ne signifie pas pour autant que cette limitation n'est pas justifiée, en l'occurrence par la liberté de la concurrence. Mais il est important de souligner que le domaine public n'est pas une limite « naturelle » du droit de propriété. Il s'agit d'une limite construite. Une jurisprudence, certes isolée, a même considéré que le domaine public est une « exception » au droit de propriété¹⁴⁴².

695. *Une privation du droit de propriété ?* Selon l'analyse que nous venons d'exposer, le domaine public apparaît comme une limite apportée au noyau dur du droit de propriété sur le bien créatif. Celle-ci s'analyse donc en une *privation* du droit de propriété. Il faudrait alors en déduire que le créateur doit bénéficier d'une « *juste et préalable indemnité* » en contrepartie. Mais rendre payantes les créations du domaine public semble un peu contradictoire avec

¹⁴³⁹ Voy. une analyse économique en ce sens: Y. MENIERE, « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Prop. indus.* 2010, dossier 3. La durée du droit des marques (la perpétuité) est en revanche calquée sur sa fonction essentielle, c'est-à-dire sa fonction de garantie de l'origine du produit. Il est alors possible d'expliquer cette durée par la fonction essentielle (J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, t.1, *op. cit.*, n° 192).

¹⁴⁴⁰ La question de la transmission des droits d'auteur aux héritiers se pose également : dans quelles mesures la transmission successorale participe de la « rémunération de l'effort créateur » ? On pourrait légitimement penser que les héritiers ne doivent pas bénéficier du droit de propriété. Cette position a notamment été développée par Victor Hugo.

¹⁴⁴¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 27.

¹⁴⁴² CA Paris, 4e ch., sect. A, 14 novembre 2007, « *Henri Salvador* », *Légipresse* 2008, n° 250, III, p. 41, note S. CHOISY et P. GUEZ, *Comm. com. électr.* 2008, comm. 18, obs. C. CARON.

l'idée de domaine public. Une proposition dans ce sens est pourtant régulièrement avancée : il s'agit de la notion de « domaine public payant ». Elle signifie que l'exploitation des œuvres du domaine public devrait faire l'objet d'un paiement, par les exploitants, afin de financer la création future¹⁴⁴³. Cette redevance pourrait s'apparenter à une indemnité. La proposition rejoint d'ailleurs l'analyse qui est faite du domaine public : celui-ci étant justifié par la liberté de la concurrence, il profite alors aux exploitants. Le domaine public payant a justement pour effet de peser sur eux.

B – La limitation de la liberté contractuelle

696. Le créateur peut, en principe, disposer librement de son droit de propriété. Mais, dans certaines hypothèses, la liberté contractuelle du créateur est susceptible d'entraver le marché. La restriction de la liberté contractuelle du créateur prend deux formes : d'une part, l'intérêt du marché et de la concurrence prohibe certains accords (1), et d'autre part, en impose d'autres (2).

1 – Les accords prohibés

697. *Les ententes et les règlements d'exemption.* Certains contrats portant sur des droits de propriété sur le bien créatif peuvent constituer des ententes illicites, et donc porter atteinte au marché. L'article 101§1 du TFUE interdit à cet effet les accords entre entreprises susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. La prohibition des ententes n'est pourtant pas absolue. Il existe en effet plusieurs moyens de contourner cette interdiction. Un premier moyen réside dans l'application des règlements d'exemption édictés par la Commission. Il existe en particulier trois règlements ayant vocation à exempter les accords portant sur des droits de propriété du bien créatif. Le règlement CE n°2659/2000 du 29 novembre 2000 concernant les accords de recherche-développement autorise la création en commun et l'exploitation des résultats de la création¹⁴⁴⁴. Le règlement CE n°772/2004 du 27 avril 2004 autorise ensuite certains accords verticaux de transfert de technologie¹⁴⁴⁵. Outre la recherche d'une meilleure efficacité économique, l'objectif du règlement est d'éviter la duplication des actions de recherche-développement, dans le but d'inciter à l'innovation et la création. Le champ d'application de ce règlement est spécialement large car il concerne les

¹⁴⁴³ J. VILBOIS, *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur, Théorie, pratique et législation comparée*, Sirey, 1929. Le projet Jean Zay prévoyait également la constitution d'un domaine public payant (voy. F. RENAUD, « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », *RLDI* 2008, n° 48).

¹⁴⁴⁴ J. AZEMA et J-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 583 et s.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, n° 556 et s.

accords portant sur les brevets, le savoir-faire, les dessins et modèles ou les droits d'auteur de logiciel. Le règlement CE n°330/2010 du 20 avril 2010¹⁴⁴⁶ prévoit enfin que l'article 101§3 du TFUE est inapplicable à certains accords verticaux portant sur des droits de propriété intellectuelle lorsqu'ils n'en constituent pas l'objet principal et qu'ils sont liés à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de service.

698. *Les ententes et les exemptions individuelles.* Il existe un second moyen, en plus des règlements d'exemption, permettant au créateur de retrouver sa liberté contractuelle. Il s'agit des cas d'exemption individuelle prévus par l'article 101 § 3 du TFUE. Celui-ci prévoit que certains accords, constituant normalement des ententes illicites, sont pourtant valables. Il s'agit des accords « *qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». Ces accords sont ainsi autorisés en dépit de l'atteinte causée au marché. Il appartient donc aux créateurs de démontrer que les accords litigieux entrent dans cette catégorie. On s'aperçoit donc, en définitive, que les droits de propriété du créateur font l'objet d'un traitement plutôt favorable par le droit de la concurrence. La promotion de l'innovation constitue, en effet, un sujet de prédilection dans la cadre de l'UE¹⁴⁴⁷.

2 – Les licences forcées

699. *La position du problème.* La protection du marché justifie ensuite une autre forme d'atteinte à la liberté contractuelle du créateur en cas d'abus de position dominante. Il ne s'agit plus dans ce cas de prohiber certains accords portant sur des droits de propriété, mais au contraire d'imposer des licences au créateur. En particulier, lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur un marché, son refus d'accorder une licence à un concurrent peut s'analyser comme un abus de position dominante. Le refus d'accorder une licence constitue pourtant une manifestation de l'exclusivité du droit de propriété. On pourrait alors logiquement penser que le droit de la concurrence sanctionne ici un abus du droit de propriété. Mais, en réalité, l'approche proposée par le droit de la concurrence est indépendante de celle de l'abus du droit de propriété¹⁴⁴⁸. La sanction du refus de licence par le droit de la concurrence représente une restriction du droit de propriété et de la liberté contractuelle du

¹⁴⁴⁶ Adopté en remplacement du Règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 a pris fin le 31 mai 2010.

¹⁴⁴⁷ Communication de la Commission du 6 octobre 2010 (COM(2010)546 final).

¹⁴⁴⁸ E. BACCICHETTI et Ph. BONNET, « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », JCP E 2009, 2057, p. 18, J. AZEMA et J-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 593.

créateur sans que ce dernier n'ait commis d'abus. L'abus concerne la « position dominante » et non l'usage du droit de propriété.

700. *La théorie des facilités essentielles.* Le refus de donner en licence une création, constituant un abus de position dominante, peut être contourné grâce à la théorie des facilités essentielles. Cette théorie signifie qu'une entreprise « qui possède ou contrôle une installation essentielle » peut être contrainte « à coopérer avec ses concurrents en leur donnant accès à celle-ci sans aucune discrimination »¹⁴⁴⁹. Une création est considérée comme essentielle lorsque ses concurrents ne peuvent entrer sur le marché sans l'utiliser. La conséquence immédiate de la facilité essentielle est de priver le créateur du caractère exclusif de son droit de propriété. Il s'agit donc d'une atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété du créateur : le créateur se trouve alors dans l'obligation de céder son droit de propriété à ses concurrents dans l'intérêt de la concurrence¹⁴⁵⁰. Le TPICE considère ainsi « *que, partant, il est permis dans l'intérêt public du maintien d'une concurrence effective sur le marché, d'empiéter sur le droit exclusif du titulaire du droit de propriété intellectuelle en l'obligeant à consentir des licences aux tiers qui cherchent à entrer sur ce marché ou à s'y maintenir* »¹⁴⁵¹. Une idée analogue est d'ailleurs reprise par l'article 40 des ADPIC relatif au contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles. Mais cette atteinte constitue-t-elle pour autant une privation du droit de propriété du créateur ? Certains auteurs considèrent que la théorie des facilités essentielles constitue une « expropriation pour cause de concurrence »¹⁴⁵². Il semble toutefois que le noyau dur du droit de propriété du créateur soit préservé malgré l'octroi d'une licence forcée. La théorie des facilités essentielles conduit en effet à réduire le droit de propriété à sa fonction essentielle, c'est-à-dire à un droit à rémunération économique¹⁴⁵³. Il ne s'agit donc pas d'une « privation » du droit de propriété, mais davantage d'une restriction.

¹⁴⁴⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, op. cit., n° 526.

¹⁴⁵⁰ F. SIIRINAINEN, « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE* 2001, p. 423.

¹⁴⁵¹ TPICE, 17 novembre 2007, « *Microsoft* », T-201/04, pt. 691.

¹⁴⁵² L. GYSELEN, « Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle doit-il fournir le produit de son droit à un concurrent ? », *Concurrences* n° 2-2005, p. 24 et s., M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, op. cit., n° 526.

¹⁴⁵³ G. DECOCQ, « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *Droit et technique. Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 143, spéc. p.151.

701. *Les arrêts Magill et IMS.* L'arrêt *Magill* constitue la première mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles en matière de création¹⁴⁵⁴. Cette affaire a pour point de départ le refus de la part de chaînes de télévision de fournir une grille de programmes à une entreprise d'édition de guides de programmes télévisés. Chaque chaîne de télévision publiait alors son propre guide hebdomadaire. Ce refus a été considéré comme un abus de position dominante. Afin de le caractériser, la CJUE recherche des « *circonstances exceptionnelles* ». Celles-ci sont au nombre de trois. Il faut « *que le refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* »¹⁴⁵⁵. En l'espèce, la CJUE a constaté qu'aucun guide déjà existant n'était substituable et qu'il existait une demande potentielle. Le refus n'était donc pas justifié car il était de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé. La théorie des facilités essentielles a été ensuite confirmée en matière de création par l'arrêt *IMS* du 29 avril 2004¹⁴⁵⁶. Les créations en cause dans cette affaire sont des « modules » destinés à évaluer le marché du médicament et mis à dispositions d'entreprises pharmaceutiques. Ces modules protégés par le droit d'auteur ont acquis une importance telle sur ce marché que les entreprises clientes ont adapté leur fonctionnement au système proposé par la société *IMS*. Un concurrent ayant décidé de proposer un service identique a donc sollicité une licence à la société *IMS*. Celle-ci refusa. La CJUE a considéré que ce refus s'analyse en un abus de domination car ces modules ont un caractère indispensable. Ce caractère est apprécié par rapport au degré de participation des utilisateurs dans le développement de la création et sur l'effort des utilisateurs, en terme de coût, afin d'utiliser la nouvelle création. La CJUE reprend ensuite les trois conditions des « *circonstances exceptionnelles* » posées par l'arrêt *Magill*. Le libre fonctionnement du marché autorise ici à imposer une licence forcée au créateur. L'intérêt du marché est ici supérieur à celui du créateur.

702. *Le droit d'accès au marché.* L'affaire *Microsoft* témoigne également d'un cas de licence forcée dans l'intérêt du marché¹⁴⁵⁷. En l'espèce, la société *Sun Microsystems* a saisi la Commission pour faire sanctionner un abus de position dominante de la part de *Microsoft* sur le marché des serveurs pour PC. *Microsoft* refusait de fournir à cette société des informations permettant de rendre compatible le système d'exploitation *Windows* avec les serveurs

¹⁴⁵⁴ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes* dit « *Magill* », Affaires jointes C-241/91 et C-242/91, *Rec.* p.743.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, § 54 à 56.

¹⁴⁵⁶ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG et NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01.

¹⁴⁵⁷ TPICE, 17 novembre 2007, *Microsoft*, T-201/04.

proposés par *SUN Microsystems*. Le TPICE rappelle que le refus d'octroyer une licence ne constitue pas en lui-même un abus de position dominante. En plus des trois conditions des arrêts *Magill* et *IMS*, le TPICE assouplit la condition de nouveauté du produit. Il considère que le droit de propriété peut représenter un obstacle à la mise sur le marché de produits non plus nouveaux, mais simplement innovants. En conséquence, la protection de la concurrence justifie un droit d'accès à la création en faveur des concurrents.

§ 3 – Les intérêts nationaux

703. *Les intérêts de la Nation.* Les intérêts supérieurs de la Nation justifient, enfin, certaines restrictions du droit de propriété du bien créatif. Nous avons déjà évoqué le système de cession implicite des droits d'auteur des fonctionnaires, justifié par les besoins de l'administration¹⁴⁵⁸. Au-delà de l'intérêt de la bonne administration, les objectifs de préservation ou d'amélioration de la santé publique (I) et défense nationale (II) justifient certaines atteintes au droit de propriété du bien créatif.

I – La santé publique

704. *Les brevets de médicaments.* Le droit de propriété du créateur peut représenter un obstacle à la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique. Les hypothèses de conflit concernent essentiellement l'utilisation de brevets de médicaments sans l'autorisation du créateur. Le développement du secteur de la santé est, en effet, étroitement lié à celui des brevets. Le droit de propriété constitue un moteur incitatif à la création de nouveaux médicaments. De manière accessoire, ensuite, le droit de propriété sur les marques peut représenter un obstacle à la réalisation de l'objectif de santé publique. Ce sera le cas en particulier lorsque le nom du princeps fait l'objet d'un dépôt en tant que marque, ce qui interdit aux génériqueurs d'en faire usage. L'objectif de promotion de la santé publique conduit, en toute hypothèse, à imposer des restrictions au droit de propriété du créateur¹⁴⁵⁹.

705. *La légitimité de l'objectif de protection de la santé publique.* La validité des restrictions au droit de propriété suppose avant tout de s'assurer de la légitimité de l'objectif de la protection de la santé publique¹⁴⁶⁰. De nombreux textes consacrent cet objectif. Ainsi, l'article 25-1 de la DUDH prévoit que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant

¹⁴⁵⁸ Cf. n° 495.

¹⁴⁵⁹ C. CARREAU, « Santé et droits de propriété intellectuelle », in *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 133, spéc. p. 145 et s.

¹⁴⁶⁰ B. FEUILLET, « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *Rev. dr. san. et soc.* 2008, p. 713.

pour assurer sa santé ». L'article 12-1 du PIDESC assure que « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ». L'article 8 des ADPIC autorise les Etats Membres « *lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations* » à « *adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique* ». Le TFUE prévoit par son article 168 (ex-art. 152 TCE) qu'« *un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* ». La protection de la santé publique fait également l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 considère en effet que la Nation « *garantit à tous [...] la protection de la santé* ». Le Conseil constitutionnel hisse la protection de la santé publique au rang de principe de valeur constitutionnelle¹⁴⁶¹.

706. *Le droit international et européen.* Les ADPIC laissent les Etats libres de mettre en place des systèmes de licences obligatoires en faveur de la protection de la santé publique¹⁴⁶². L'article 27-2 des ADPIC prévoit ainsi que « *les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour [...] la santé* ». À la suite des ADPIC, l'UE a adopté un règlement visant à autoriser la restriction au droit de propriété du breveté. Le droit européen prévoit ainsi un système de licences obligatoires pour des brevets et certificats complémentaires en faveur des pays du Sud. Par exemple, le règlement CE n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 vise à promouvoir la santé publique des pays les moins avancés et en développement¹⁴⁶³.

707. *La droit français : la nature de l'atteinte.* Le législateur français prévoit également des restrictions du droit de propriété du breveté. L'article L.613-16 du CPI énonce que « *si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office* ». Une disposition analogue est prévue en matière d'obtention végétale¹⁴⁶⁴. Sans entrer dans le détail du régime

¹⁴⁶¹ Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Rec.*, p. 19, Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Rec.*, p. 224.

¹⁴⁶² P. ARHEL, « ADPIC et Santé publique », *LPA* 19 mai 2009, n° 99, p.6.

¹⁴⁶³ P. ARHEL « Propriété intellectuelle : contribution de la Communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique », *LPA* 11 octobre 2007 n° 204, p. 6.

¹⁴⁶⁴ Article L623-17 du CPI : « *Une variété indispensable à la vie humaine ou animale peut être soumise au régime de la licence d'office par décret en Conseil d'Etat ou, lorsqu'elle intéresse la santé publique, par arrêté conjoint du ministre de l'agriculture et du ministre chargé de la santé publique* ».

de ces licences forcées d'origine administrative, relevons que celles-ci sont subordonnées à la preuve de la quantité ou de la qualité insuffisante des produits brevetés. Une rémunération est prévue en contrepartie de la licence forcée. En l'absence d'accord, celle-ci est fixée par le TGI. S'agissant de la nature de l'atteinte, il faut admettre que ces licences représentent une « quasi-expropriation » d'origine administrative¹⁴⁶⁵. Les licences forcées ne privent pas en effet totalement le créateur de la fonction essentielle du droit de propriété sur le bien créatif, qui constitue le droit à la rémunération de l'effort créateur. Mais il n'en demeure pas moins que son droit de propriété est réduit à sa plus stricte expression. Le créateur est ainsi privé du droit d'exclusivité sur sa création.

708. *L'étendue de la restriction.* La protection de la santé publique conduit essentiellement à restreindre les droits du créateur de brevet de médicament. Cette limitation n'est cependant pas réductible à ce domaine. Elle concerne aussi le droit des marques. Par exemple, l'utilisation d'une marque en matière de publicité comparative pourrait alors être justifiée sur ce terrain. Dans le même sens, des licences forcées portant sur des droits d'auteur sur un logiciel ou une base de données pourraient être autorisées. On pense alors naturellement à la jurisprudence *IMS* de la CJUE¹⁴⁶⁶ : l'usage du droit d'auteur fut autorisé sur le terrain de la protection de la concurrence, mais il serait envisageable, dans d'autres circonstances, de recourir à l'objectif de protection de la santé publique.

II – La défense nationale

709. *La privation de propriété et les licences forcées.* L'intérêt de la défense nationale autorise l'administration à porter atteinte, de façon très vigoureuse, au droit de propriété du breveté¹⁴⁶⁷. Cet objectif justifie deux types de restrictions. La première consiste à priver temporairement l'inventeur de son droit de propriété dès le stade de la demande de brevet en vertu des articles L.612-8 et L.612-10 du CPI. Le Ministre chargé de la Défense nationale peut retarder la délivrance du brevet pendant une durée de cinq mois. Cette mise au secret de l'invention ouvre droit à une indemnité. Celle-ci est analysable en une « juste et préalable indemnité ». L'administration peut ensuite imposer une licence forcée en contrepartie. L'article L.613-19 du CPI prévoit ainsi que « *l'Etat peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet*

¹⁴⁶⁵ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 924, un auteur les qualifie « d'expropriation » : C. GUTHMANN, « Brevets. Contrats d'exploitation », *JCI Commercial*, fasc. 658, 2003, n° 132.

¹⁴⁶⁶ CJCE, 29 avril 2004, *IMS, op. cit.*

¹⁴⁶⁷ N. WUYLENS, *Défense nationale et brevet d'invention*, CEDAT, 1999.

d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte".

710. *L'étendue des licences forcées.* Le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit de licences forcées fondées sur l'objectif de protection de la Défense nationale qu'en matière de brevet. Il apparaît cependant que d'autres formes de création peuvent avoir une importance dans cette matière. Le poids de l'informatique en matière de Défense et d'armement pourrait alors justifier des restrictions en matière de droit d'auteur. Le droit d'auteur est en effet à la base de l'industrie de l'armement. En outre, les « cyber-attaques » représentent une source importante de menace pour la Défense nationale. En dépit de l'absence de prévision par le législateur, il semble toutefois que le juge serait compétent pour concilier le droit de propriété sur le bien créatif et l'impératif de la défense nationale¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁸ Cette question évoque le débat que nous avons déjà abordé en matière de droit d'auteur concernant les limites « internes » (prévues par le Code de la propriété intellectuelle) et les limites « externes » résultant de la confrontation des droits fondamentaux.

Chapitre 2 – La proportionnalité des restrictions

711. *Le test de proportionnalité.* Suivant la logique qui a déjà été exposée au sujet de l'acte créatif¹⁴⁶⁹, il convient à présent de déterminer les moyens de concilier le droit de propriété sur le bien créatif avec les autres droits fondamentaux. La méthode inhérente aux droits fondamentaux conduit à examiner cette mise en balance à l'aide du test de proportionnalité¹⁴⁷⁰. La question de la pondération des droits et intérêts en présence est classique. Pataille relevait déjà en 1866 que « c'est donc dans une juste pondération des droits des auteurs et de l'intérêt public qu'est toute la difficulté »¹⁴⁷¹. En l'occurrence, il convient de déterminer le niveau de proportionnalité entre la *gravité de l'atteinte au droit de propriété* et *l'objectif poursuivi* par la restriction¹⁴⁷². Autrement dit, le test de proportionnalité invite à rechercher l'étendue de la « liberté de copie »¹⁴⁷³.

712. *La « liberté de copie ».* Il nous faut expliquer cette expression. Le droit de propriété sur le bien créatif est un monopole caractérisé par *l'exclusivité*. Mais l'exclusivité cède dans deux hypothèses. La première correspond au cas où, à *l'intérieur* du droit de propriété, les droits fondamentaux opposés justifient une suspension du monopole. C'est le cas par exemple en matière de marque utilisée hors de la vie des affaires ou en matière d'œuvre dont la représentation est accessoire au sujet principal. La seconde hypothèse d'exercice de la liberté de copie correspond au cas où, à *l'extérieur* du monopole cette fois-ci, l'utilisation d'une création est autorisée. Il s'agit des situations où la création ne fait pas l'objet d'un droit de propriété et que son usage ne constitue pas un abus de la liberté du commerce et de

¹⁴⁶⁹ Cf. n° 311.

¹⁴⁷⁰ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé, op. cit.*, n° 109, Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150, J.-Ch. GALLOUX, « Propriété intellectuelle (droit de la) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, *op. cit.*, p. 627, L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, p. 829. Comp. J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustration dans le champ des propriétés incorporelles, op. cit., passim* : l'auteur considère que le test de proportionnalité est une méthode accessoire de résolution des conflits de droits.

¹⁴⁷¹ PATAILLE, *De la nature et de la durée des droits des auteurs et des artistes sur leurs œuvres*, Extrait des annales de la propriété industrielle artistique et littéraire, avril 1866, p. 140.

¹⁴⁷² L'examen de la proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et les objectifs poursuivis est notamment prévu par l'article 41 des ADPIC au sujet des marchandises contrefaisantes (« *Lors de l'examen de telles demandes, il sera tenu compte du fait qu'il doit y avoir proportionnalité de la gravité de l'atteinte et des mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers* »), ainsi que par l'article 47 des ADPIC au sujet de la communication de l'identité des « complices » du contrefacteur (« *Les Membres pourront disposer que les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au contrevenant, à moins qu'une telle mesure ne soit disproportionnée à la gravité de l'atteinte, d'informer le détenteur du droit de l'identité des tiers participant à la production et à la distribution des marchandises ou services en cause, ainsi que de leurs circuits de distribution* »).

¹⁴⁷³ J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, p. 297.

l'industrie. La liberté de copie désigne ainsi toutes les situations dans lesquelles il est permis de copier les créations d'autrui, qu'elles soient ou non protégées par le droit de propriété. Mais comment déterminer le domaine de la liberté de copie ? Comme nous allons l'examiner à présent, les droits fondamentaux proposent des éléments de réponse grâce au test de proportionnalité.

713. *La gravité de l'atteinte.* Il convient donc à présent de déterminer concrètement le domaine de la liberté de copie. Notons, de façon préalable, que *les objectifs poursuivis* par les restrictions au droit de propriété ont déjà été étudiés. Il s'agit des restrictions « légitimes ». Il convient donc d'examiner la seconde prémisse du test de proportionnalité : la *gravité de l'atteinte* au droit de propriété¹⁴⁷⁴. Comment la déterminer ? Et selon quels critères ? Avant de présenter ces critères, il convient d'exposer trois observations préalables. Notons d'abord que la gravité de l'atteinte est déterminée *in concreto* par le législateur ou le juge. Le test de proportionnalité est, en effet, une affaire d'espèce. Relevons également que le test de proportionnalité a vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses de conflits de droits, c'est-à-dire aussi bien aux hypothèses de restrictions verticales qu'horizontales. Il s'infiltré donc aussi bien dans le travail du législateur que dans celui du juge. Observons enfin que le test de proportionnalité s'applique à tous les conflits mettant en cause une création couverte par le droit de propriété, qu'elle soit nommée ou non par le CPI. En somme, la gravité de l'atteinte au bien créatif permet de définir le domaine de la liberté de copier. Une fois ces précisions apportées, il s'agit à présent d'examiner les critères permettant de mesurer la gravité de l'atteinte au droit de propriété. Il s'agit, d'une part, du critère de la fonction sociale du droit de propriété (**Section 1**) et, d'autre part, du critère du risque de confusion entre deux créations ou sur l'origine de la création (**Section 2**).

Section 1 – Les fonctions sociales

714. *Présentation.* Le thème de la fonction sociale des droits et libertés dépasse, bien entendu, le domaine du test de proportionnalité. Il s'agit en réalité d'une conception générale du droit. Elle trouve notamment son origine dans les travaux de Josserand et de Gény, auxquels nous aurons l'occasion de revenir. Il faut relever en particulier que la question de la fonction sociale des droits occupe une place importante en matière de droit européen de la propriété intellectuelle. En particulier, le développement du thème de la « fonction

¹⁴⁷⁴ Dit autrement, le test de proportionnalité invite, en renversant la perspective, à rechercher le domaine de la « liberté de copier » les créations (J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, av.-prop. G. BONET, Litec, 1997, n° 373).

essentielle » par la CJUE montre l'intérêt du droit européen pour la « fonction sociale » des droits de propriété intellectuelle.

715. Appliquée lors du test de proportionnalité, la fonction essentielle du droit de propriété se révèle très féconde. Elle offre en effet un instrument permettant de mesurer la proportionnalité d'une atteinte à un droit fondamental. Avant d'en exposer concrètement les critères (§2), il convient d'abord de démontrer que la fonction sociale est un instrument de proportionnalité (§1).

§ 1 – Un instrument de proportionnalité

716. *La fonction sociale comme moyen de résoudre des conflits de droits.* D'une manière générale, chaque droit repose sur une fonction sociale déterminée. Elle permet notamment, et ce point nous intéresse particulièrement, de résoudre les conflits de droits. Ce rôle de conciliation des droits par leur fonction sociale a été notamment proposé par Josserand dans le cadre de sa célèbre théorie sur l'abus de droit. Selon l'éminent auteur, la référence à « l'esprit des droits » permet de les réaliser « non pas dans une direction quelconque, mais dans une ambiance sociale, en fonction de leur mission »¹⁴⁷⁵. L'usage d'un droit dégénère ainsi en abus lorsqu'il est réalisé au mépris de sa fonction sociale. C'est le cas, pour reprendre l'exemple classique de la jurisprudence « Clément-Bayard », lorsque le propriétaire d'un terrain érige des pointes de fer en vue de gêner les dirigeables de son voisin¹⁴⁷⁶. Cette méthode de conciliation de droits antagonistes est également proposée par Gény, selon qui la référence aux fonctions sociales permet de réaliser une « mise en balance de considérations morales, politiques, sociales ou économiques, qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence »¹⁴⁷⁷. S'agissant plus particulièrement du droit de propriété, la doctrine contemporaine en déduit qu'il faut prendre en compte la fonction sociale des droits afin de déterminer l'étendue de leurs restrictions¹⁴⁷⁸. Cette idée est logiquement reprise par des

¹⁴⁷⁵ JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit*, Dalloz, 2^e éd., 1939, rééd. 2006, n° 305.

¹⁴⁷⁶ Cass. Req., 3 août 1915, *DP* 1917. 1. 79.

¹⁴⁷⁷ GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, rééd. 1996, n° 173.

¹⁴⁷⁸ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.* p. 723, spéc. p. 736. *Adde.* A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexion sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, *chron.*, p. 67, spéc. p. 69 au sujet du droit de propriété.

spécialistes de propriété intellectuelle, selon lesquels les droits de propriété intellectuelle sont des droits « ancrés » socialement, c'est-à-dire « finalisés »¹⁴⁷⁹.

717. Envisagée comme un critère de conciliation de droits antagonistes, la fonction sociale s'inscrit parfaitement dans le cadre du test de proportionnalité. En effet, le test de proportionnalité conduit à mesurer la proportionnalité entre la *gravité de l'atteinte* au droit de propriété et *l'objectif poursuivi* (la sauvegarde de l'intérêt général ou les droits d'autrui)¹⁴⁸⁰. La gravité de l'atteinte peut alors être déterminée selon la fonction sociale du droit de propriété. Cela signifie que l'atteinte est intolérable lorsque le droit de propriété ne remplit plus sa fonction sociale en raison de la limitation qui lui est apportée. Au contraire, l'atteinte est admissible, c'est-à-dire proportionnée, lorsque la fonction sociale est préservée.

718. *Les avantages de la référence à la fonction sociale.* La référence à la fonction sociale dans le cadre du contrôle de proportionnalité présente plusieurs intérêts. Le plus évident est celui de respecter l'essence du droit de propriété sur la création¹⁴⁸¹. La fonction sociale s'apparente d'ailleurs au « noyau dur » du droit fondamental de propriété que nous avons déjà étudié¹⁴⁸². Comme le noyau dur, elle est donc intouchable. Ensuite, le deuxième intérêt est d'offrir au législateur et aux juges une méthode permettant de réaliser le test de proportionnalité. Il s'agit de l'intérêt le plus immédiat du recours à la fonction sociale. L'analyse de la jurisprudence montre, en effet, que l'application du test de proportionnalité est réalisée de façon peu rigoureuse. On sait que la Cour de cassation se montre le plus souvent avare en explications, notamment lorsqu'elle met en œuvre le test de proportionnalité. Chose plus étonnante, la Cour EDH peine parfois également à justifier son raisonnement lors du test de proportionnalité. C'est le cas par exemple lors de l'affaire *Balan c. Moldavie* dans laquelle était en cause le droit de propriété d'un auteur¹⁴⁸³. Une photographie couverte par le droit d'auteur avait été utilisée par le gouvernement de Moldavie pour fabriquer les cartes nationales d'identité. La photographie était imprimée en arrière-plan du document officiel. La

¹⁴⁷⁹ Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., n° 269 et s. Adde. M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre... », op. cit., M. VIVANT (Dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 1, Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510. Voy. les actes du colloque organisé par le CUERPI intitulé « Droits de propriété intellectuelle : quelles fonctions ? Quelles conséquences ? », in *Prop. Indus.* octobre 2010, Dossier « Droits de propriété intellectuelle ». Adde. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN, « Droit des biens », *D.* 2011, p. 2298.

¹⁴⁸⁰ Cons. const., 7 décembre 2000, déc. n° 2000-436 DC, cons. 20.

¹⁴⁸¹ Comp. Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, op. cit., p. 265 et s. L'auteur estime que la référence à la fonction sociale du droit de propriété dénature le droit d'auteur en délaissant un aspect essentiel, la protection de la personnalité de l'auteur.

¹⁴⁸² Cf. n° 513 et s.

¹⁴⁸³ Cour EDH, 28 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, req. n° 19247/03.

Cour EDH condamne logiquement l'Etat de Moldavie en raison de la méconnaissance du droit de propriété du photographe. Mais la difficulté surgit au moment de la justification de la disproportion de l'atteinte. En effet, la Cour EDH estime que l'Etat de Moldavie aurait pu passer un accord avec le photographe ou utiliser une autre photographie pour confectionner les cartes nationales d'identité¹⁴⁸⁴. L'utilisation de la photographie n'était donc pas « nécessaire » selon le raisonnement de la Cour. Il nous semble cependant qu'il eût été plus pertinent de raisonner sur le terrain de la fonction sociale du droit d'auteur : l'atteinte est disproportionnée car elle porte préjudice à l'une des fonctions sociales du droit d'auteur, en l'occurrence la rémunération de l'effort créateur. Imaginons un instant que la photographie n'ait pas fait l'objet d'un droit de propriété, par exemple en raison de l'absence d'originalité : l'Etat de Moldavie aurait également pu passer un contrat avec le photographe ou choisir un autre cliché. Envisagé sans lien avec la fonction sociale du droit de propriété, le critère de la « nécessité » ne permet pas d'expliquer en quoi l'usage du droit de propriété était disproportionné¹⁴⁸⁵. En somme, et il s'agit du troisième intérêt, la fonction sociale offre un faisceau de critères nettement définis au service du législateur ou du juge. Il s'agit ainsi d'un standard permettant d'apporter une certaine prévisibilité au test de proportionnalité, favorisant du même coup la sécurité juridique du créateur et des tiers.

719. La fonction sociale apparaît donc comme un moyen efficace de réaliser le test de proportionnalité. Il ne s'agit cependant pas d'une notion immédiatement opératoire. Il faut en effet la définir avant de la mettre en œuvre. Il convient donc, à présent, d'exposer les critères permettant de la mettre en œuvre.

§ 2 – La mise en œuvre des fonctions sociales

720. La fonction sociale du droit de propriété représente un moyen d'assurer la mise en œuvre du test de proportionnalité. L'application de la fonction sociale suppose par conséquent de la définir : ce sont très concrètement les différentes manifestations de la fonction sociale du droit de propriété qui seront mises en œuvre dans le test de proportionnalité. Relevons, de façon préalable, qu'une fonction sociale ne sera pas ici étudiée : il s'agit de la protection de la personnalité de l'auteur. Il s'agit en effet d'une fonction propre au droit d'auteur qui, de surcroît, n'entre pas véritablement dans le cadre du droit de propriété (il s'agit davantage

¹⁴⁸⁴ *Ibid.* § 45.

¹⁴⁸⁵ Comp. le raisonnement de la CJUE lors de l'arrêt *Magill* (cf. n° 723).

d'une atteinte au créateur qu'au bien créatif). Il n'en demeure pas moins qu'elle est prise en compte par le juge lorsque le droit moral est applicable.

721. En réalité, deux fonctions sociales du droit de propriété sur la création entrent dans l'orbite du test de proportionnalité. Il s'agit d'une part de la fonction de rémunération de l'effort créateur (**I**). Comme nous le verrons, ce critère possède une forte légitimité. Sa mise en œuvre est logiquement assez fréquente. La seconde fonction sociale du droit de propriété sur le bien créatif est l'incitation à la création (**II**). Nous observerons que ce critère est plus difficile à mettre en œuvre.

I – La rémunération de l'effort créateur

722. *Droit européen.* La rémunération de l'effort créateur est la principale manifestation de la fonction sociale du droit de propriété sur la création. Comme nous l'avons déjà exposée¹⁴⁸⁶, cette notion a été développée par la CJUE à partir de l'arrêt *Magill*. Elle vise aussi bien le droit de propriété de l'auteur que celui de l'inventeur et, plus généralement, toute manifestation de la propriété des biens créatifs. Ce critère a donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des manifestations du droit de propriété sur le bien créatif. Par opposition, le critère de la rémunération de l'effort créateur ne s'applique pas aux droits de propriété intellectuelle sur des réservations économiques comme, par exemple, en matière de marque¹⁴⁸⁷. En effet, le droit de propriété sur les marques ne vise pas la rémunération de l'effort créateur, mais une fonction d'identification de l'origine du produit¹⁴⁸⁸ et, depuis l'arrêt *L'Oréal* du 18 juin 2009, les fonctions de garantie de la « communication, l'investissement ou la publicité »¹⁴⁸⁹.

723. *Un outil du test de proportionnalité.* Le critère de la rémunération de l'effort créateur est en effet utilisé par la CJUE comme un moyen de réaliser la mise en balance du droit de propriété avec un droit concurrent. Par exemple, cette fonction essentielle est utilisée en ce sens lors de l'arrêt *Magill*. Le raisonnement de la CJUE se place exactement dans le cadre

¹⁴⁸⁶ Cf. n° 517.

¹⁴⁸⁷ J. PASSA, « L'incidence de la fonction de marque sur l'obtention ou la validité et le maintien en vigueur du droit », *Prop. Indus.* 2010, Dossier 4.

¹⁴⁸⁸ CJUE, 22 juin 1976, *Terrapin c. Terranova*, *Rec.* p. I-1039.

¹⁴⁸⁹ CJUE, 18 juin 2009, *L'Oréal SA c. Bellure NV*, C-487/07, pt. 59, *JCP G* 2009. 180, p. 39, note L. MARINO, *RLDI* 2009, n° 53, p. 8, note B. HUMBLLOT. Ces fonctions ont été réaffirmées par les arrêts *Google* (CJUE, gr. ch., 23 mars 2010, *Google c. Louis Vuitton*, C-236/08, *Google c. Viaticum et Luteciel*, C-237/08, *Google c. CNRRH*, C-238/08, pt. 56).

d'un test de proportionnalité, bien qu'elle n'utilise pas ce terme. Elle considère en effet que « *la présence de circonstances déterminées peut toutefois signifier que l'intérêt du titulaire du droit d'auteur pèse moins lourd, ou l'intérêt de la concurrence plus lourd, que d'habitude* ». On note à l'évidence que l'examen du caractère « *plus lourd* » ou « *moins lourd* » désigne en réalité la « gravité » de l'atteinte. Afin de réaliser cette pesée, elle avance que « *dans une telle situation, il est possible qu'une mise en balance au titre de l'article 86 fasse apparaître que la possibilité d'exiger des redevances de licences est suffisante pour assurer au titulaire la rémunération de son effort créateur, car la prérogative de refuser des licences ne peut, dans ces circonstances, être considérée comme nécessaire pour que le droit remplisse sa fonction essentielle* » (nous soulignons)¹⁴⁹⁰. Il s'agit bien d'une « mise en balance » du droit de propriété avec la liberté de la concurrence à l'aune du critère de la rémunération de l'effort créateur. Elle ajoute que la « *fonction essentielle pose une limite absolue quant à la nature de l'atteinte que l'article 86 permet d'apporter aux prérogatives relevant de l'objet spécifique* » (nous soulignons). La fonction essentielle est alors envisagée comme le noyau dur, c'est-à-dire une « *limite absolue* ». Elle conclut qu'« *il est exclu de leur porter une atteinte qui signifierait que l'auteur ne peut obtenir une rémunération de son effort créateur ou que la protection morale qui pourrait trouver son fondement dans le droit national n'est plus assurée* »¹⁴⁹¹. La fonction essentielle, consistant en la rémunération de l'effort créateur, apparaît donc comme un outil au service du test de proportionnalité.

724. *Les manifestations du critère de la rémunération de l'effort créateur.* En outre, au-delà de ce principe général de mise en balance des droits fondamentaux antagonistes (comme nous venons de le voir avec la liberté du commerce), il existe des manifestations particulières du test de proportionnalité. Par « manifestations particulières », nous entendons certains outils prévus par le législateur afin de réaliser concrètement la mise en balance. En particulier, quatre outils remplissent cette fonction : les dommages-intérêts punitifs, le triple test en droit d'auteur, la théorie de l'accessoire et, enfin, la durée limitée du monopole.

725. *Les dommages-intérêts punitifs.* Les dommages-intérêts punitifs sont d'origine anglo-saxonne. Ils heurtent en principe la conception française de la réparation intégrale du préjudice : ils supposent en effet de sanctionner l'auteur d'une faute au-delà du préjudice causé. Malgré la différence de conception par rapport à la conception traditionnelle de la

¹⁴⁹⁰ CJCE, 1 juin 1994, *Magill*, C-241/91, C-242/91, pt. 83.

¹⁴⁹¹ *Ibid.* pt. 84.

réparation du préjudice, le législateur a introduit les dommages-intérêts « punitifs » en matière de contrefaçon par la loi du 29 octobre 2007 en transposition de la directive du 29 avril 2004. L'article L.331-1-3 du CPI prévoit ainsi, en matière de droit d'auteur, que « *pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfiques réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte* » (souligné par nous). Des dispositions analogues sont prévues en matière de dessins et modèles (article L.521-7 du CPI), brevet (article L.615-7 du CPI), obtention végétale (article L.623-28 du CPI) et de marque (article L.716-14 du CPI). La prise en compte du « *manque à gagner* » et des « *bénéfiques réalisés* » est ainsi logique au regard de la fonction essentielle du droit de propriété sur la création : dès lors que le contrefacteur utilise la création « à titre de création », c'est-à-dire profite de la « rémunération de l'effort créateur », il est logique que cet usage soit pris en compte lors de l'évaluation des dommages-intérêts. Ce mode de calcul des dommages-intérêts participe donc d'une approche proportionnée des atteintes au droit de propriété¹⁴⁹².

726. *Le triple test en droit d'auteur.* La prise en compte de la fonction sociale du droit de propriété se manifeste également à travers le « triple test » en matière de contrôle de la portée des exceptions au droit d'auteur. Il constitue en effet une application particulière du test de proportionnalité¹⁴⁹³ dans la mesure où les exceptions sont la traduction de droits fondamentaux¹⁴⁹⁴. D'abord prévu par l'article 9-2 de la Convention de Berne et l'article 13

¹⁴⁹² L'application cumulative des sanctions civiles et pénales fait courir un risque de disproportion entre la sanction et l'atteinte au droit de propriété. Sur cette critique au regard du principe de proportionnalité : F. STASIAK, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2009, étude 1, G. HENRY, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. com. électr.* 2009, étude 2.

¹⁴⁹³ Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, janvier-mars 2007, E. DREYER, « Les nouvelles incriminations...retour sur cinquante ans de droit pénal d'auteur », *LPA* 2007, n° 244, p. 52, T. SINODINU, « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d'auteur », *RLDI* 2007, n° 30, S. DUSOLLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *IRDI* 2005, p. 221. Le triple test se rapproche d'ailleurs du système américain du *fair use* par lequel le juge recherche la « *substantialité* » de l'utilisation de l'œuvre (P. EL KHOURY, *Le Fair Use et le Fair Dealing. Etude de droit comparé*, Thémis, 2007, p. 119, M. SENFTLEBEN, « L'application du triple test : vers un système de fair use européen ? », *Prop. Intell.* 2007, p. 453, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 159).

¹⁴⁹⁴ P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur, étude de droit comparé*, thèse, Montpellier 2007, p. 132 et s., Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Prop. Intell.* 2004, n° 13, p. 882, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150, Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille,) ou les limites au droit d'auteur », *Comm. com. électr.* 2006, étude 37, B. HUGENHLOTZ, « Fierce creatures - Copyright exemptions : toward extinction ? », in *Rights, Limitations, exceptions : Striking a proper balance*, colloque 30-31 octobre 1997, disponible sur www.ivir.nl (juillet 2009). La Cour de cassation demeure toutefois frileuse sur ce terrain. Elle considère en effet que « *la copie privée ne*

des accords ADPIC, le triple test a été intégré à l'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Transposé en droit français à l'article L.122-5 du CPI, et réduit à deux étapes, le test prévoit que « *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Il appartient alors au juge de rechercher si l'exception porte atteinte à « *l'exploitation normale* » de l'œuvre. Autrement dit, l'exception ne doit pas empiéter sur l'exploitation de l'œuvre « en tant qu'œuvre », c'est-à-dire en vue de la rémunération de l'effort créateur. Le critère de « *l'exploitation normale* » confère en effet une dimension économique à l'appréciation du conflit de droit¹⁴⁹⁵. La Cour de cassation considère en ce sens dans l'arrêt *Mulholland Drive* que l'exploitation normale de l'œuvre « *s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique* »¹⁴⁹⁶ (souligné par nous). La seconde prémisse du test porte sur le critère du « *préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». L'emploi du terme « injustifié » invite ainsi à déterminer ce qui est *nécessaire* ou *proportionné*. Il s'agit donc bien d'une manifestation du test de proportionnalité.

727. *La théorie de l'accessoire.* Une troisième manifestation du test de proportionnalité réside dans la théorie de l'accessoire en matière de droit d'auteur. Selon celle-ci, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'autorisation du titulaire du droit d'auteur lorsque la représentation ou la reproduction d'une œuvre demeure accessoire par rapport au sujet traité. Par exemple, la reproduction, en grand format, du trophée de la Coupe de monde de football sur la couverture d'un magazine n'est pas accessoire au sujet traité car elle « *excédait la simple relation de l'événement d'actualité concerné, (et) ne participait pas à l'information du public mais relevait de l'exploitation de l'œuvre* »¹⁴⁹⁷. Au contraire, la représentation « *de manière*

constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur » (Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, « *Phil Collins* », *GP* 2009, n° 23, p. 28, note A. STUTZMANN et A. PLATON, *RLDI* 2009, n° 46, p. 10, note O. PIGNATARI, *RTD com.* 2009, p. 131, obs. F. POLLAUD-DULIAN).

¹⁴⁹⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 385, A. LUCAS, « *Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique* », fasc. 1248, n° 64, COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé, Litec/Unesco*, 1990, p. 55.

¹⁴⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, « *Mulholland Drive* », *op. cit.*

¹⁴⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2007, « *Sté Hachette associés c. la FIFA* », *Prop. Intell.* 2008, p. 112, note J.-M. BRUGUIERE, *CCE* 2008, comm. 2, note Ch. CARON, *Comm. com. électr.* 2008, étude 3, note D. PORACCHIA., *RLDI*, mai 2008, n° 38, p. 6, comm. M. CAUVIN.

fugitive », « pendant de brèves séquences » de planches pédagogiques en arrière-plan du documentaire *Être et avoir* est accessoire au sujet traité¹⁴⁹⁸. En réalité, la théorie de l'accessoire apparaît comme une manifestation du test de proportionnalité à travers le critère de la rémunération de l'effort créateur en permettant une « application mesurée du monopole »¹⁴⁹⁹. En effet, lorsque la représentation demeure accessoire au sujet traité, l'usage de l'œuvre ne suffit pas à justifier la rémunération du créateur. Autrement dit, l'atteinte au droit d'auteur n'est pas suffisamment « grave » pour obtenir une rémunération. La gravité de l'atteinte est ici justement examinée au regard de la fonction sociale du droit de propriété. La théorie de l'accessoire offre alors un exemple d'une application du monopole selon la « finalité des droits ». Elle permet de déterminer, selon l'expression de M. Vivant, si la création est utilisée « à titre d'œuvre »¹⁵⁰⁰. Cette formule fait exactement écho à celle employée en matière de marque : l'usage est illicite lorsqu'il est réalisé « à titre de marque ».

728. *La durée limitée du droit de propriété.* Enfin, la fonction essentielle constituée par la rémunération de l'effort créateur explique la nature temporaire du droit de propriété¹⁵⁰¹. Il faut en effet considérer que la rémunération de l'effort créateur « s'épuise » avec le temps. Dans le cas contraire, le droit de propriété aboutirait à maintenir une « rente » au profit du créateur. Or, la constitution d'une « rente » dépasse la fonction essentielle du droit de propriété. La protection perpétuelle de la création par le droit de propriété serait *disproportionnée* par rapport à l'effort créateur fourni. En outre, la durée limitée du droit de propriété s'explique par une seconde manifestation de la fonction sociale, l'incitation à la création, qu'il convient à présent d'examiner.

II – L'incitation à la création

729. La seconde fonction sociale des droits de propriété intellectuelle est d'inciter à la création. Il s'agit d'une justification classique de l'existence des droits de propriété intellectuelle. Le raisonnement est le suivant : en accordant un droit de propriété au créateur, c'est-à-dire en lui permettant de tirer des revenus de sa création, celui-ci disposera pour l'avenir des moyens suffisants pour créer à nouveau. Selon une variante, le droit de propriété

¹⁴⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, « *Être et avoir* », D. 2011, p. 1875, note C. CASTET-RENARD, JCP E 2011, p. 1560, note M. VIVANT.

¹⁴⁹⁹ Ch. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 291.

¹⁵⁰⁰ M. VIVANT, « Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? », JCP E 2011, p. 1560.

¹⁵⁰¹ J.-M. BRUGUIERE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Prop. Indus.* 2010, dossier 10.

incite à la création car, sans la possibilité de tirer des revenus de la création, les acteurs du marché n'auraient pas créé. Le droit de propriété représente ainsi une incitation « immédiate » et « future » à la création. Le raisonnement est donc ici résolument utilitariste¹⁵⁰². Malgré la forte légitimité de cette fonction sociale chez les juristes, certaines analyses économiques montrent que les droits de propriété intellectuelle ne parviennent pas nécessairement à remplir cet objectif. Par exemple, une étude a montré qu'ils ne remplissent pas cette fonction d'incitation à la création dans le secteur de la création audiovisuelle, car les motivations des créateurs ne sont pas fondées sur la rémunération du droit de propriété¹⁵⁰³.

730. *L'applicabilité au test de proportionnalité ?* Même en considérant que les droits de propriété intellectuelle incitent en principe à la création, il semble que ce critère soit difficile à mettre en œuvre dans le cadre du contrôle de proportionnalité. La prise en compte de cette fonction sociale par le juge supposerait un difficile (mais pas impossible) travail d'analyse économique. Elle supposerait en particulier de tenir compte de la part des investissements réalisés en considération de l'exploitation à venir des droits de propriété : l'incitation étant de nature économique, elle doit en effet être mesurée à travers l'espoir de retombées économiques (le retour sur investissement). Cette fonction sociale semble ainsi délicate à mettre en œuvre dans le cadre du test de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et l'objectif poursuivi. Elle conduirait d'ailleurs paradoxalement à désavantager l'entreprise ayant le moins investi¹⁵⁰⁴ : l'atteinte serait moins importante lorsque l'entreprise a peu investi. En outre, rappelons que l'investissement n'est pas, en principe, un critère de protection de la propriété sur le bien créatif¹⁵⁰⁵.

731. *L'exemple de l'ingénierie inverse.* Il n'en demeure pas moins que l'incitation à la création est parfois prise en compte par le législateur afin de concilier des droits antagonistes. C'est le cas par exemple en matière d'ingénierie inverse de logiciels. L'article L.122-6-1 du CPI prévoit ainsi un droit de décompilation des logiciels d'autrui, consistant à étudier le « cœur » de la création informatique. L'ingénierie inverse est ainsi le résultat d'une conciliation, opérée par le législateur, entre le droit de propriété sur une création (en l'espèce le logiciel) et la liberté de création, dans le but d'inciter à créer. En effet, en autorisant les

¹⁵⁰² F. LEVEQUE, « Droit de propriété intellectuelle et innovation, Le brevet favorise-t-il l'innovation ? », in V. DE BEAUFORT, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Vuibert, 2009, p. 43.

¹⁵⁰³ F. BENHAMOU et S. PELTIER, *Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion ? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle*, Document de travail du GRANEM, n° 2009-04-016.

¹⁵⁰⁴ M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crétion. Information, publicité, mode, photographies documentaire et esthétique industrielle...Droit belge, droit allemand, droit français*, op. cit., p. 685.

¹⁵⁰⁵ Le critère de l'investissement est en revanche utilisé en matière de contrefaçon de bases de données.

programmeurs à étudier et à comprendre le travail d'autrui, le législateur poursuit un objectif d'incitation à la création : il s'agit de l'application concrète de l'idée selon laquelle le créateur s'appuie toujours sur le travail d'autrui. L'atteinte au droit de propriété sur le bien créatif vise ainsi à promouvoir la création d'autrui.

732. *Les patent trolls.* Il existe d'autres domaines dans lesquels la fonction sociale d'incitation à la création pourrait être utilement prise en compte : c'est le cas des *patent trolls*. Il s'agit d'une pratique consistant en l'achat de portefeuilles d'actifs contenant des brevets, non pas dans le but de les exploiter, mais de les opposer aux acteurs économiques exploitant déjà l'invention. La pratique malicieuse consiste, de la part de l'entreprise *troll*, à réclamer des redevances importantes ou à menacer une action en contrefaçon contre les entreprises exploitantes. Le *troll* n'est donc pas motivé par la création, mais par un « esprit de lucre, de valorisation maximale de ses actifs »¹⁵⁰⁶. On voit nettement que la mise en œuvre du droit de propriété sur le bien créatif ne correspond ni à son esprit ni à la volonté du législateur. Mais comment interdire une pratique qui respecte la lettre de la loi ? La prise en compte de la fonction sociale du droit de propriété pourrait alors représenter un moyen de résoudre cette difficulté¹⁵⁰⁷. En effet, le brevet n'est pas ici utilisé conformément à sa fonction sociale, qui est notamment d'inciter à la création. Sans bien entendu interdire la pratique des cessions de brevet, le critère de l'incitation à la création pourrait être pris en compte par le juge lors de l'évaluation de la redevance ou des dommages-intérêts. L'incitation à la création représenterait alors un instrument de proportionnalité qui se retournerait contre le propriétaire faisant un usage antisocial de son droit de propriété. Ce critère permet de lutter contre l'utilisation uniquement « stratégique » du droit de propriété sur le bien créatif : la protection vigoureuse mise en place par le législateur (saisie-contrefaçon, action en contrefaçon) ne devrait pas être utilisée dans un but contraire à la fonction sociale du droit de propriété.

Section 2 – Le risque de confusion

733. *Présentation.* L'examen de ce critère dans le cadre du test de proportionnalité des atteintes au droit de propriété peut surprendre. Il peut surprendre car il est, à première vue, indifférent s'agissant du droit de propriété. Il s'agit, en effet, d'un critère utilisé en matière de concurrence déloyale et de parasitisme. Il s'agit d'un moyen d'apprécier l'atteinte à une

¹⁵⁰⁶ Ch. LE STANC, « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les "patent trolls" », *Prop. Indus.* 2010, dossier 8

¹⁵⁰⁷ J. RAYNARD, « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.* 2010, p. 465.

valeur économique (création, marque, dénomination sociale, etc.) par référence au consommateur ou au public auquel elle est destinée.

734. Problématique. Il nous faut saisir les enjeux de ce critère avant d'entreprendre son étude. Rappelons que les droits fondamentaux envisagent le droit de propriété sur la création dans une perspective essentiellement économique. Cette acception économique de la propriété est d'ailleurs confirmée par la définition de son noyau dur et de ses fonctions essentielles : la rémunération de l'effort créateur et l'incitation à la création, sont envisagées essentiellement comme une incitation financière à l'investissement. Les droits fondamentaux offrent donc une conception « concurrentielle » du bien créatif. Ils soulignent la « fonction de concurrence » qui est commune à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle¹⁵⁰⁸. Par conséquent, si le droit de propriété possède une fonction concurrentielle, c'est qu'il permet de conquérir une clientèle¹⁵⁰⁹. Il convient donc de rechercher si l'atteinte au droit de propriété est proportionnée sur le terrain de la concurrence. Or, le critère consacré en matière de concurrence déloyale en cas de copie de création est le critère du « risque de confusion ».

735. On perçoit aisément la difficulté : le droit de propriété est un droit subjectif et sa violation n'est normalement pas subordonnée à la preuve d'une faute ou d'un préjudice. Mais il semble bien que les droits fondamentaux, par la conception qu'ils retiennent du droit de propriété, viennent perturber ce schéma traditionnel. Qu'elle est donc la place occupée par le critère du risque de confusion en matière de création ? Pour la déterminer, il faut rappeler, d'une part, qu'il occupe une place naturelle en matière de réservation de valeur (§1). Il faut observer, d'autre part, que le critère du risque de confusion tend, sous la logique imprimée par les droits fondamentaux, à occuper une place grandissante (§2).

§ 1 – Un critère applicable aux réservations

736. La définition du risque de confusion. Le critère du « risque de confusion » désigne les hypothèses où la copie non identique d'un signe ou d'un produit ou service entraîne un risque que le consommateur les confonde avec ceux appartenant au titulaire du droit. La confusion réside dans la croyance par le consommateur en un « lien » entre deux signes, ou entre un signe ou un produit ou service, ce qui laisse penser que les deux entreprises sont

¹⁵⁰⁸ R. FRANCESCHELLI, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », in *Mélanges Roubier*, Dalloz/Sirey, 1961, p. 453.

¹⁵⁰⁹ La conception offerte par les droits fondamentaux se rapproche en ce sens de la thèse des « droits de clientèle » proposée par Roubier.

« économiquement liées »¹⁵¹⁰. Compte tenu de cette définition, le critère du risque de confusion s'applique aux hypothèses d'atteinte au droit de propriété sur les réservations de nature économique. En effet, la fonction sociale du droit de propriété sur les réservations, comme le droit sur les marques ou la dénomination sociale, est de permettre l'identification du produit ou service ou du titulaire du droit par les consommateurs. Par conséquent, la création d'un risque de confusion par un concurrent porte préjudice à la fonction sociale de ce droit : le consommateur croit, à tort, qu'il existe un « lien » entre les deux signes ou entre le signe et les produits ou services. L'atteinte au droit de propriété réside donc en la méconnaissance de sa fonction sociale. La CJUE considère à ce titre que « *le risque de confusion constitue la condition spécifique de la protection* » des marques similaires, ce risque conduisant à la « *possibilité d'une atteinte à la fonction essentielle de la marque* »¹⁵¹¹.

737. Le critère du risque de confusion trouve ainsi une application naturelle en droit des marques et des signes distinctifs¹⁵¹². Le considérant 10 de la Directive 89/104 prévoit, par exemple, « *qu'il est indispensable d'interpréter la notion de similitude en relation avec le risque de confusion* ». Il ajoute « *que le risque de confusion, dont l'appréciation dépend de nombreux facteurs [...] constitue la condition spécifique de la protection* ». En application de ce raisonnement basé sur la fonction sociale du droit, l'article L.713-2 du CPI prévoit que la reproduction servile d'une marque est contrefaisante sans que le juge ait besoin de caractériser le risque de confusion. La démonstration du risque de confusion n'est en effet pas nécessaire car, en réalité, sa reconnaissance est *automatique* en cas de copie servile : le consommateur est naturellement conduit à « relier » la marque ou le produit au titulaire du droit¹⁵¹³. Il constitue alors un critère sous-jacent de la contrefaçon de marque¹⁵¹⁴. C'est donc en cas de copie de la marque pour désigner des produits ou services simplement *similaires*, ou encore *d'imitation* de la marque pour des produits ou services identiques ou similaires, que l'article L.713-3 du CPI exige la démonstration d'un « *risque de confusion dans l'esprit du public* ». La fonction sociale du droit sur la marque interdit de même, selon l'article L.711-4,

¹⁵¹⁰ CJUE, 12 juin 2008, *O2 Holdings et O2 (UK)*, C-533/06, pt. 59.

¹⁵¹¹ CJCE, 18 juin 2009, *L'Oréal SA et alii. C. Bellure NV et alii.*, C-487/07, pt. 59, CJUE, 10 avril 2008, « *Adidas* » C-102/07, pt. 28.

¹⁵¹² J. BAUMGARTNER, *Le risque de confusion en matière de marque*, Held, S.A., Lausanne, 1970, F. DAIZE, *Marques et usurpation de signes de la personnalité*, Litec, IRPI, préf. Y. REBOUL, 2006, A. SINGH, « Le risque de confusion : un concept à géométrie variable », *GP* 18 septembre 2002, doct., p. 1314, B. HUMBLLOT, « Droit des marques : risque de confusion autour du risque de confusion », *RLDI* 2008, n° 43, p. 10.

¹⁵¹³ L'article 16 de l'ADPIC indique dans ce sens qu'« *en cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister* ».

¹⁵¹⁴ J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, op. cit., n° 181.

b) du CPI, l'adoption d'un signe portant atteinte « à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ».

738. *Les pratiques commerciales trompeuses.* Plus largement encore, le critère du risque de confusion est un élément d'appréciation des pratiques commerciales trompeuses. En effet, l'article L.121-1 du C. conso prévoit la sanction d'une telle pratique « lorsqu'elle crée une confusion avec un bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent » (nous soulignons). Une des finalités du commerce étant de conquérir une clientèle, il est donc normal que les comportements d'un concurrent produisant une confusion dans l'esprit de celle-ci, conduisant à détourner sa clientèle, soient sanctionnés. Relevons encore dans le même sens qu'un nom de domaine est susceptible de porter atteinte à une marque lorsqu'il crée un risque de confusion¹⁵¹⁵.

739. Le critère du risque de confusion est donc étroitement lié à la fonction concurrentielle du droit de propriété sur la marque. En relevant dans l'arrêt *L'Oréal* la fonction de protection de « l'investissement », la CJUE confirme l'idée que le droit de propriété couvre la réservation d'une valeur économique obtenue par l'investissement. Or, comme nous allons le voir, le droit de propriété sur une création n'a pas, selon une conception traditionnelle, pour fonction de protéger un investissement ou un avantage concurrentiel. Le critère du risque de confusion ne devrait logiquement pas être applicable en la matière. Il occupe pourtant un rôle grandissant en matière de protection des créations.

§ 2 – Un critère applicable aux créations ?

740. *Antagonisme avec le droit de propriété.* Le rôle du critère du risque de confusion en matière de création est différent selon le domaine envisagé. En principe, il n'est pas applicable lorsque la création fait l'objet d'un droit de propriété. L'exclusivité du droit privatif confère, en principe, à son titulaire le pouvoir de s'opposer à tous les usages de son bien créatif. Le droit de propriété est conçu comme un droit subjectif dont la violation n'est pas subordonnée à un critère de confusion, ni d'ailleurs à aucun autre critère¹⁵¹⁶. Par opposition, le risque de confusion entre deux créations, ou sur leurs origines, est observé en

¹⁵¹⁵ OMPI, centre d'arbitrage et de médiation, 25 mars 2011, n° DFR2011-0004 et OMPI, centre d'arbitrage et de médiation, 28 mars 2011, n° D2011-0271, *Prop. Indus.* 2011, alert. 48, obs. N. DREYFUS, CA Paris, 14e ch. A, 25 mai 2005, *Comm. com. électr.* 2005, comm. 181, note Ch. CARON, CA Paris, 3 déc. 2008, n° 07/10908, *Com. com. électr.* 2010, chron. 10, obs. L. MARINO.

¹⁵¹⁶ E. TREPPOZ, « La propriété intellectuelle et le droit au nom », in J.-M. BRUGUIERE (Dir.), *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, 2009, p. 93, spéc. p. 99.

cas de concurrence déloyale dans la mesure où cette action vise à sanctionner des troubles concurrentiels.

741. *Une remise en cause par les droits fondamentaux.* Mais le raisonnement proposé par les droits fondamentaux, basé sur les fonctions essentielles du droit de propriété, trouble ce schéma. En effet, la création n'est pas couverte par le droit de propriété hors de ses fonctions essentielles. La principale fonction étant constituée par la rémunération de l'effort créateur, il faut admettre que les usages n'apportant aucune rémunération sont licites. On aperçoit alors se profiler le critère concurrentiel du risque de confusion dans l'esprit du consommateur. Nous observerons par conséquent que, si ce critère est légitime en matière de concurrence déloyale (I), sa place est controversée dans le cadre de l'action en contrefaçon (II).

I – Un critère de la concurrence déloyale

742. *La nature des créations protégées.* Le critère du risque de confusion est utilisé afin de déterminer le succès des actions en concurrence déloyale ou parasitaire fondées sur l'article 1382 du C. civ. La jurisprudence recourt à ce critère aussi bien au sujet des créations couvertes par un droit de propriété intellectuelle¹⁵¹⁷, que concernant les créations dépourvues de droit privatif¹⁵¹⁸. La Cour de cassation considère en effet que « *l'originalité n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale* », et qu'elle constitue « *l'un des facteurs possibles d'appréciation d'une faute par création d'un risque de confusion* »¹⁵¹⁹. Cela signifie que les créations qui ne sont ni originales ni nouvelles, c'est-à-dire qui ne peuvent pas prétendre à la protection par le droit de propriété, demeurent protégées sur le terrain de la concurrence déloyale lorsqu'il existe un risque de confusion. La solution est logique car, contrairement à l'action en contrefaçon, l'action en concurrence déloyale vise à sanctionner la faute d'un concurrent. Si la liberté du commerce et de l'industrie justifie la liberté de copier les créations non appropriables, celle-ci n'est cependant pas absolue. La copie abusive de la création d'autrui, même non couverte par un droit de propriété, est donc sanctionnée sur le

¹⁵¹⁷ Cass. com., 20 mars 2007, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 107, note Ch. CARON.

¹⁵¹⁸ Cass. com., 8 avril 2008, *Prop. intell.* 2008, p. 359, obs. J. PASSA, Cass. com., 12 juin 2007, « *Bollé* », *Prop. Indus.* 2007, comm. 73, comm. J. LARRIEU, *D.* 2007, p. 1723, obs. E. CHEVRIER, *Contr., conc. consom.* 2007, comm. 249, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, Cass. com., 22 octobre 2002, *JCP E* 1627, note Ch. CARON, *D.* 2002, act. jurispr. p. 3142, obs. E. CHEVRIER.

¹⁵¹⁹ Cass. com., 12 juin 2007, *op. cit.* Comp. la jurisprudence belge exige que la prestation copiée doit revêtir une certaine originalité, c'est-à-dire que le bien copié doit posséder une originalité intrinsèque ou résulter d'efforts intellectuels ou matériels (B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droits des brevets d'inventions et du savoir-faire. Créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Larcier, 2010, p. 688).

terrain de la concurrence déloyale. Dit autrement, la liberté de copier les créations d'autrui n'est pas absolue¹⁵²⁰.

743. *La nature de la faute.* Les actions en concurrence déloyale ou parasitaire impliquent la démonstration d'une faute créant un risque de confusion. Mais les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de définir cette faute. La faute de concurrence créant un risque de confusion est-elle réductible à un acte de contrefaçon ? De la réponse à cette question dépend la frontière entre le droit privatif et la protection par le droit de la responsabilité civile. S'agissant des créations appropriées, l'articulation des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale est claire en théorie. Par principe, il est interdit de cumuler les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale pour un même fait. Le cumul des actions est en revanche admis en cas de « *fait distinct* »¹⁵²¹. L'exigence de fait distinct permet d'éviter la reconstitution d'un droit privatif hors de la propriété intellectuelle. Mais la mise en œuvre de la condition de « fait distinct » est cependant difficile. La difficulté est de savoir si la copie d'une création appropriée est un acte distinct de l'action en contrefaçon. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi reconnu que la copie servile d'une création appropriée suffit à caractériser le parasitisme¹⁵²². La chambre commerciale considère en revanche que la copie d'un modèle approprié, ayant fait l'objet d'importants investissements publicitaires, ne suffit pas à établir des faits distincts¹⁵²³. Selon elle, il importe peu que les faits à l'origine de la concurrence déloyale soient identiques à ceux allégués en matière de contrefaçon¹⁵²⁴.

744. *Les créations non appropriées.* S'agissant des créations non appropriées, la jurisprudence admet que la copie servile puisse engendrer un risque de confusion. Ainsi, la copie servile d'une « *montre de haute renommée ayant un pouvoir attractif et prestigieux* » est fautive bien que le modèle, protégé par un titre de propriété, soit tombé dans le domaine public¹⁵²⁵. La faute consiste ici dans le parasitisme de la renommée d'autrui à travers sa création¹⁵²⁶. Mais, en réalité, l'acte à l'origine de la faute, c'est-à-dire l'acte de copie, importe

¹⁵²⁰ Comp. J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, p. 297.

¹⁵²¹ Cass. com., 19 janvier 2010, *Comm. com. électr.* 2010, comm. 32, com. Ch. CARON, *Contr., conc. consom.* 2010, comm. 101, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁵²² Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 2004, *Prop. Indus.* 2005, comm. 27 note J.-P. VIENNOIS.

¹⁵²³ Cass. com., 19 janvier 2010, *op. cit.*

¹⁵²⁴ Cass. com., 12 juin 2007, *op. cit.* : « *que l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif* ».

¹⁵²⁵ Cass. com., 22 octobre 2002, *op. cit.*

¹⁵²⁶ A. SAINT-MARTIN, *Créations immatérielles et responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations*, thèse, Montpellier, 2006, n° 278 et s. L'auteur

peu. L'élément important est le *préjudice* causé par le fait de copier un concurrent¹⁵²⁷ : que l'acte soit une copie servile ou une imitation, seul le risque de confusion importe. Cette approche est parfaitement résumée par un jugement du TGI de Paris en date du 6 octobre 2009. Selon celui-ci, « *l'appréciation de la faute au regard du risque de confusion doit résulter d'une approche concrète et circonstanciée des faits de la cause prenant en compte, notamment, le caractère plus ou moins servile, systématique ou répétitif de la reproduction ou de l'imitation, l'ancienneté d'usage, l'originalité, la notoriété de la prestation copiée* »¹⁵²⁸. En somme, ce qui est sanctionné est l'utilisation d'une création non appropriée en tant que « *signe distinctif* »¹⁵²⁹. Le critère du risque de confusion est en effet une manifestation de la fonction distinctive de la création. Il n'y a donc en réalité aucun problème d'articulation entre l'action en concurrence déloyale ou parasitaire et l'action en contrefaçon : la copie servile est un acte de contrefaçon sans que la preuve d'un risque de confusion soit nécessaire ; la copie servile entraînant un risque de confusion est un acte de concurrence déloyale.

II – Un critère de l'action en contrefaçon ?

745. *Les causes du rejet.* Par principe, le critère du risque de confusion n'a pas sa place en matière de contrefaçon. Les arguments sont connus¹⁵³⁰. Il faut en rappeler les principaux. Tout d'abord, les actions en contrefaçon et en responsabilité civile (concurrence déloyale ou parasitisme) reposent sur des logiques antagonistes. La contrefaçon est une action réelle qui vise la prévenir, à faire cesser ou à sanctionner une atteinte à un droit privatif. Toute forme d'atteinte au droit de propriété est donc prohibée. La démonstration de l'acte de contrefaçon est indifférente au risque de confusion qu'elle engendre. Au contraire, la concurrence déloyale et le parasitisme sont des actions personnelles, fondées sur l'article 1382 du C. civ. Elles supposent la démonstration d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice. De plus, l'action en contrefaçon s'exerce indépendamment de la situation de concurrence entre le titulaire du droit et le contrefacteur. Le risque de confusion de la part du consommateur est donc, en principe, indifférent. La contrefaçon est alors traditionnellement établie en fonction des ressemblances et non des différences. Dès lors, la Cour de cassation rejette logiquement le

envisage plus exactement le parasitisme de la « renommée de la création » comme l'unique faute de droit commun.

¹⁵²⁷ En ce sens, Ch. CARON, note sous Cass. com, 19 janvier 2010, *op. cit.*

¹⁵²⁸ TGI Paris, 3^e ch., 6 octobre 2009, *RTD Com.* 2010, p. 108, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁵²⁹ S. DURRANDE, « Droit d'auteur. Droit d'auteur et concurrence déloyale », *JCl. Civil Annexes*, fasc. 1620, 2011, n^o 38.

¹⁵³⁰ J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, *op. cit.*, n^o 275 et s.

critère du risque de confusion en matière de contrefaçon : « *Mais attendu que la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* »¹⁵³¹. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris affirme avec justesse que « *l'impression d'ensemble produite sur le consommateur est une notion étrangère au droit d'auteur* »¹⁵³². La perception du public ou du consommateur est en principe indifférente à la violation du droit de propriété de l'auteur¹⁵³³.

746. *Une remise en cause par les droits fondamentaux ?* Mais ce principe pourrait bien voler en éclats sous l'effet conjugué de la jurisprudence et des droits fondamentaux. Le critère du risque de confusion est en effet utilisé dans certaines hypothèses en matière de contrefaçon. Son emploi est réalisé de deux manières.

747. *Sur le terrain du droit d'auteur : le glissement vers le risque de confusion.* En premier lieu, l'emploi du risque de confusion découle d'un glissement opéré à partir du critère traditionnel de l'appréciation par les ressemblances en matière de droit d'auteur. Le risque de confusion est dans ce cas utilisé comme un moyen permettant de mesurer les ressemblances entre deux créations. Par exemple, la Cour d'appel de Versailles a considéré que l'imitation des couvertures et des titres des bandes dessinées de Tintin, ainsi que la reprise de vignettes et d'extraits, risquent de créer une confusion quant à l'origine de l'œuvre¹⁵³⁴. Il est intéressant de relever que le jugement de première instance avait considéré, au contraire, que « *la contrefaçon d'un titre original se trouve réalisée par la seule constatation des ressemblances sans qu'il soit nécessaire de démontrer un risque de confusion entre les œuvres concernées* »¹⁵³⁵. En l'occurrence, il importe peu, selon les juges du premier degré, que le consommateur puisse croire que la création contrefaisante soit publiée sous le contrôle des héritiers de Hergé. De façon plus explicite encore, la Cour d'appel de Paris affirme, au sujet de la reprise des caractéristiques d'un personnage publicitaire, que la contrefaçon « *doit s'apprécier par rapport aux ressemblances [...] susceptibles de créer un risque de confusion [...] au regard de la représentation divulguée aux consommateurs d'attention moyenne* »¹⁵³⁶. Dans ce dernier exemple, la création litigieuse avait une vocation essentiellement commerciale. La

¹⁵³¹ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, *op. cit.*

¹⁵³² CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 octobre 2010, *RTD Com.* 2011, p. 114, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁵³³ A. LUCAS-SCHLOETTER, « La contrefaçon artistique : état des lieux », *Comm. com. électr.* 2011, étude 3.

¹⁵³⁴ CA Versailles, 12^e ch., 17 septembre 2009, *RTD Com.* 2010, p. 114, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁵³⁵ TGI Nanterre, 1^{re} ch., 22 mai 2008, *RTD Com.* 2009, p. 134, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁵³⁶ CA Paris, 4^o ch. A, 9 mai 2007, *JCP E* 2009, I, 1108, obs. L. CATTARUZZA, *Propri. Intell.* 2007, n^o 24, p. 312, obs. J.-M. BRUGUIERE.

« fonction » de la création s'apparentait alors étroitement à un signe distinctif : la création d'un personnage publicitaire répond à un besoin d'identification de l'entreprise qu'il désigne. La proximité avec le droit des marques peut expliquer la recherche du risque de confusion. Dans l'affaire *Tintin*, en revanche, les créations litigieuses n'avaient pas une fonction distinctive. L'emploi du critère du risque de confusion est alors plus étonnant encore.

748. *Sur le terrain des dessins et modèles.* En second lieu, le critère du risque de confusion est employé en matière de contrefaçon de dessins et modèles¹⁵³⁷. La Cour de cassation considère en effet de façon troublante, au sujet de la copie d'un modèle de sèche-cheveux, « que le risque de confusion s'appréciant au regard du consommateur auquel le produit est destiné, la cour d'appel, en retenant, après comparaison des produits en litige, que l'impression d'ensemble qui se dégageait de l'examen des modèles excluait tout risque de confusion dans l'esprit de la clientèle de professionnels auxquels ils étaient destinés, a légalement justifié sa décision »¹⁵³⁸. Le critère du risque de confusion est ainsi utilisé comme moyen de caractériser « l'impression visuelle d'ensemble » exigée par les articles L.513-5 et L.511-4 al. 1 du CPI¹⁵³⁹. Il devient alors un « critère de la contrefaçon »¹⁵⁴⁰. Cet arrêt s'inscrit d'ailleurs dans un mouvement amorcé depuis plusieurs années par les juges du fond¹⁵⁴¹.

749. *Critiques.* Cette tendance de la jurisprudence à apprécier la contrefaçon au regard du risque de confusion est critiquable¹⁵⁴². Elle conduit d'abord à brouiller les frontières entre la contrefaçon et la concurrence déloyale et, plus largement, entre les droits réels et les droits personnels¹⁵⁴³. Elle conduit ensuite à brouiller les frontières entre les créations et les réservations. En particulier, les fonctions de distinctivité et de rémunération de l'effort

¹⁵³⁷ CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avril 2006, *PIBD* 2006, n° 832, III, p. 451, CA Versailles, 12^e ch., 24 novembre 2005, *PIBD* 2006, III, p. 62, CA Paris, 11 février 2004, *PIBD* 2004, n° 786, III, p. 308, *Prop. intell.* 2004, n° 13, p. 940, obs. P. DE CANDE.

¹⁵³⁸ Cass. com, 19 septembre 2006, *Comm. com. électr.* 2007, comm. 21, obs. Ch. CARON, *Prop. Indus.* 2007, comm. 13, note J.-P. GASNIER.

¹⁵³⁹ A. LUCAS, *Prop. Intell.* 2008, chronique, p. 427. Voy. la rédaction de ces textes : Article L.513-5 CPI : « la protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne reproduit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente ». Article L.511-4 al. 1 du CPI : « un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée ».

¹⁵⁴⁰ Ch. CARON, note sous Cass. com, 19 septembre 2006, *op. cit.*

¹⁵⁴¹ J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 751.

¹⁵⁴² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 1221, L. CATTARUZZA, « chronique de Propriété littéraire et artistique », *JCP E* 2009, I, 1108 (l'auteur évoque un risque de « vampirisation par le droit des marques »), A. LUCAS-SCHLOETTER, « La contrefaçon artistique : état des lieux », *op. cit.*

¹⁵⁴³ J.-P. GASNIER, note sous Cass. com, 19 septembre 2006, *op. cit.*, n° 5.

créateur sont ici confondues¹⁵⁴⁴. Elle incite ainsi à considérer la propriété intellectuelle comme « une propriété de marché »¹⁵⁴⁵, c'est-à-dire à l'envisager uniquement comme un moyen de conquérir et de conserver une clientèle. La création n'est pourtant pas réductible à cette fonction. La propriété du bien créatif vise en effet à rémunérer l'effort créateur, peu importe la perception qu'en a le consommateur.

750. *La cohérence retrouvée par les droits fondamentaux ?* Cette jurisprudence étonnante reçoit cependant une explication lorsqu'elle est envisagée à travers le test de proportionnalité des droits fondamentaux¹⁵⁴⁶. En effet, le critère du risque de confusion doit être entendu comme un élément du test de proportionnalité. Le risque de confusion est alors destiné à déterminer la primauté *in concreto* d'un droit fondamental sur un autre. Le risque de confusion doit donc être compris comme *un* des éléments du test de proportionnalité. Son utilisation doit en outre être limitée à certaines hypothèses de conflits de droits fondamentaux. Ainsi, le risque de confusion entre deux créations permet de résoudre le conflit entre le droit de propriété d'une part et la liberté du commerce ou de création d'autre part. Il ne s'agit plus d'évaluer la faute, le préjudice ou l'atteinte au droit réel de propriété, mais de concilier des normes. Ce raisonnement permet de même de résoudre le conflit entre le droit moral sur une œuvre et la liberté de création. Ainsi, dans l'arrêt *Les Misérables*, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas « avoir examiné les œuvres litigieuses ni constaté que celles-ci auraient altéré l'œuvre de Victor Hugo ou qu'une confusion serait née sur leur paternité »¹⁵⁴⁷ (nous soulignons). En l'espèce, la création nouvelle (la suite des *Misérables*) ne porte pas atteinte au droit à la paternité si le public ne confond pas les deux créations. Appliqué à la contrefaçon, ce raisonnement signifie que la création nouvelle peut être différenciée de la création copiée. La liberté de copier est alors le corollaire de la liberté de créer : la copie est envisagée comme une « tolérance » en faveur des créations futures.

Conclusion du Titre 2

751. *L'approche unitaire des biens créatifs.* L'étude des limites des biens créatifs à travers les droits fondamentaux a permis de dégager une certaine *unité* des différents droits de

¹⁵⁴⁴ *Ibid*, J. DALLEAU, *D.* 2006, p. 2462.

¹⁵⁴⁵ A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché ? », in M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO (Dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341.

¹⁵⁴⁶ Les droits fondamentaux permettent ainsi d'apporter une pierre à l'édifice d'une « théorie générale de la propriété intellectuelle », nécessaire à la compréhension du risque de confusion (Ch. CARON, « Le risque de confusion, élément constitutif de la contrefaçon », *op. cit.*).

¹⁵⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, « *Les Misérables* », *op. cit.*

propriété intellectuelle portant sur les biens créatifs, tel que les œuvres, les inventions, les dessins, les modèles et les obtentions végétales. Ils se distinguent nettement des biens immatériels sur les réservations de valeur comme les signes distinctifs. Cette distinction découle notamment de la définition du noyau dur, des fonctions essentielles et des critères du test de proportionnalité. L'examen des limites du droit de propriété révèle la cloison étanche qui sépare le régime juridique de l'acte créatif et de celui du bien créatif. Les droits fondamentaux du propriétaire du bien créatif ne sont pas ceux de l'auteur de l'acte créatif.

752. *La liberté du commerce et de l'industrie.* Le droit de propriété est le réceptacle naturel des biens créatifs. Son domaine résulte d'un équilibre entre le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie. Mais cette dernière ne marque pas seulement une borne du droit de propriété. Elle représente également un moyen de *protéger* les biens créatifs. L'abus de la liberté du commerce et de l'industrie par les concurrents est sanctionné lorsqu'il cause un préjudice au créateur. On remarque ainsi que le bien créatif se trouve à la lisière du droit de propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette dualité résulte d'une conception du bien créatif en tant que choses *en mouvement* : il découle d'un acte créatif et traduit l'activité du créateur.

Conclusion de la Partie II

753. *Les droits fondamentaux, une source de confusions.* Les droits fondamentaux envisagent les biens créatifs à travers le droit de propriété. Mais ce constat pose davantage de questions qu'il n'en résout ! L'imprécision inhérente aux droits fondamentaux conduit en particulier la doctrine à s'interroger sur la signification du droit de propriété dans le domaine de l'immatériel. Elle conduit également le juge à remettre en question des solutions traditionnelles et à proposer des approches nouvelles. En somme, les droits fondamentaux sont le plus souvent invoqués afin de dépasser les arbitrages du législateur. Ils sont ainsi souvent utilisés à titre « incantatoire ». Pourtant, le droit constitutionnel, le droit européen et le droit international hissent la « loi » en élément cardinal des systèmes de droits fondamentaux. La question de la détermination des « frontières » des droits de propriété intellectuelle devrait en toute logique reposer principalement sur les travaux du législateur.

754. *Les droits fondamentaux, une source de solutions.* Les droits fondamentaux offrent également des éléments de réponses à des questions controversées. Ils permettent en

particulier de relever une certaine unité des propriétés intellectuelles basées sur un acte créatif. Ils confirment également que le droit de propriété sur les réservations économiques a une nature différente. Ils infirment de même contre l'idée selon laquelle les droits de propriété intellectuelle seraient des « exceptions » à la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, du point de vue des droits fondamentaux, aucun élément ne permet de l'attester. Bien au contraire, le principe d'absence de hiérarchie entre les droits fondamentaux conduit à penser qu'ils sont d'égale valeur.

CONCLUSION GÉNÉRALE

755. *La summa divisio opérée par les droits fondamentaux : l'acte créatif et le bien créatif.* L'analyse de la création à travers les droits fondamentaux aboutit à distinguer l'acte du résultat de la création. Cette distinction, véritable *summa divisio* de notre étude, est justifiée tant sur le plan des droits garantis que sur celui des moyens de les limiter. L'acte de création est garanti par la liberté de création, tandis que le bien créatif l'est à travers le droit de propriété. Les restrictions apportées à l'acte de création ne sont pas les mêmes que celles retenues pour le résultat de la création. L'acte créatif invite à raisonner en terme de « matériaux » licites ou prohibés, tandis que la protection du bien créatif dépend avant tout de sa fonction sociale. L'opération de conciliation des droits de la création et des autres droits fondamentaux conduit également à distinguer l'acte et le résultat de la création. Ainsi, le sens et le contenu de la notion de création varient selon que l'on se place sur le terrain de l'activité ou du bien.

756. *Une démonstration.* D'autres moyens et d'autres disciplines permettent d'aboutir au même résultat. La distinction entre l'invention et l'innovation dans la théorie économique de Schumpeter invite par exemple à une telle distinction. En droit, la rigueur méthodologique offerte par les droits fondamentaux assure à ce résultat une importante légitimité. Les droits fondamentaux présentent en outre l'avantage de constituer une base commune de discussion pour les juristes. La « création » se trouve en effet à la frontière de plusieurs matières : droit de la presse, droit de la personnalité, droit de la propriété intellectuelle, droit des biens, droit administratif, droit de la concurrence et droit du travail. Les droits fondamentaux invitent ainsi à dépasser le domaine de ces matières pour observer la création en tant que phénomène économique et social. Ils incitent en particulier à remettre en cause les approches proposées par certains spécialistes de la propriété intellectuelle. Cette matière a pendant longtemps constitué un « modèle » pour la création. Les « standards » du droit d'auteur (inaliénabilité des droits moraux, intégrité de l'œuvre, condition d'originalité, etc.) irriguent la conception juridique de l'acte créatif. De même, les premières études du « processus créatif » ont été proposées par des spécialistes de la propriété intellectuelle, comme Kholer, Desbois et Valancogne. Mais la création n'est pas réductible au bien créatif. Les droits fondamentaux affirment donc cette dichotomie irréductible entre l'acte et le bien créatif.

757. *La liberté du commerce et de l'industrie.* La *summa divisio* ainsi exposée conduit à dégager plusieurs enseignements. Le premier porte sur la remise en cause de la pertinence des qualifications traditionnelles des droits fondamentaux du créateur. La création est traditionnellement saisie par le droit de la liberté d'expression et le droit de propriété. Mais ces deux droits fondamentaux ne traduisent qu'imparfaitement la nature des activités créatives. L'essence des droits fondamentaux de la création repose davantage sur la liberté du commerce et de l'industrie. En tant qu'activité, la création s'apparente à une liberté de faire. Nonobstant un possible cumul de protection avec la liberté d'expression (les créations peuvent véhiculer des informations, des idées ou des opinions), l'analyse de la créativité conduit à plaider pour un renforcement de la place de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans le même sens, la protection des biens créatifs est le plus souvent envisagée à travers le droit de propriété. Mais la liberté du commerce et de l'industrie a, ici encore, vocation à rayonner davantage. C'est le cas notamment lorsque les biens créatifs ne sont pas couverts par le droit de propriété. En somme, la liberté du commerce et de l'industrie joue plusieurs rôles en matière de création. Elle constitue un moyen de protection des actes et des biens créatifs. Elle représente aussi une limite aux droits du créateur.

758. *Le critère de la nouveauté.* L'étude de la fondamentalisation permet de mieux saisir la définition de la création. En particulier, les droits fondamentaux autorisent une nouvelle approche du critère de la nouveauté. Si celui-ci semble consubstantiel à la notion de création, on s'aperçoit que les droits fondamentaux n'en tiennent pas réellement compte. La liberté de création tend à garantir un « mode » d'action dont la particularité est de donner naissance à une chose. Mais il importe peu au demeurant que cette chose soit nouvelle. De même, l'objet du droit de propriété sur le bien créatif porte principalement sur la valeur économique que constitue la création. Cet enseignement des droits fondamentaux devrait donc apaiser (dissiper ?) les débats relatifs au critère de nouveauté dans les propriétés intellectuelles.

759. *Des effets inégaux.* La fondamentalisation sur les droits du créateur produit des effets différents selon le domaine considéré. La nature créative d'une action ou d'une expression conduit à distinguer la liberté de création des autres libertés de l'esprit. La créativité est une qualité structurante de la liberté du créateur. En revanche, la créativité ne produit pas un effet identique en matière de propriété. Il s'agit d'une qualité pratiquement indifférente car la substance du droit de propriété est avant tout économique. La création est ici appréhendée en

tant que *valeur*. La fondamentalisation du droit de propriété conduit en ce sens à estomper la distinction entre les différentes formes de propriété immatérielle.

760. *La créativité, un nouveau thème juridique.* L'étude de la création et des droits fondamentaux conduit à formuler une dernière remarque. Elle fait émerger une notion assez méconnue en droit : la créativité. Celle-ci représente en effet une valeur sociale et économique importante que de nombreuses sciences humaines, comme l'économie, la gestion, le management, la philosophie, l'esthétique ou la sociologique n'ont pas manqué d'étudier. Espérons que cette étude juridique ait contribué à la mettre en lumière...

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I – Ouvrages généraux : Traités, manuels et cours

- ATIAS Christian, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11^e ed., 2011.
- AUTEXIER Christian, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997.
- AZEMA Jacques et GALLOUX Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. « Précis », 2006.
- BARBIER, *Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et des délits de publication*, Marchal et Billard, 2 t., 1887.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts, 1896.
- BEIGNIER Bernard, DE LAMY Bertrand et DREYER Emmanuel (Dir.), *Traité de droit de la presse*, Litec, 2009.
- BELLIVIER Florence et NOUVILLE Christine, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, LGDJ, 2006.
- BERGE Jean-Sylvestre et ROBIN-OLIVIER Sophie, *Introduction au droit européen*, PUF, coll. « Thémis », 2008.
- BERGEL Jean Louis, *Théorie général du droit*, Dalloz, 4^e ed., 2003.
- BERTRAND André, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2011.
- BINCTIN Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010.
- BLAIZOT-HAZARD Catherine, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003.
- CARBONNIER, *Droit civil I – Introduction. Les Personnes*, PUF, 16^e ed., 1987.
- CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e ed., 2010.
- CARREAU Dominique et JULLIARD Patrick, *Droit international économique*, 4^e ed., Dalloz, 2010.
- CHOSSON, *La propriété littéraire. Sa législation en France et à l'étranger*, Sevin, 1895.
- COLLIARD Claude-Albert et LETTERON Roseline, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e ed., 2005.
- COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e ed., 1997.
- CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 13^e ed., 2007.
- DE BELLESCIZE Diane et FRANCESCHINI Laurence, *Droit de la communication*, PUF, coll. « Thémis », 2005.
- DE VISSCHER Fernand et MICHAUX Benoît, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, 2000.
- DECOCQ André et Georges, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3^e ed., 2008.
- DECOCQ André, *Droit pénal général*, A. Collin, 1971.
- DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e ed., 1978.
- DREYER Emmanuel, *Droit de l'information*, Litec, 2002.
- DREYER Emmanuel, *Responsabilité civile et pénale des médias*, Litec, 2^e ed., 2008.

- DUPRE DE BOULOIS Xavier, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, coll. « Licence droit », 2010.
- ESCOBAR DE LA SERNA Luis, *Manual de derecho de la informacion*, Dykinson, 1997.
- FAVOREU et PHILIP Louis, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 14^e éd., 2007.
- FAVOREU, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy et TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e éd., 2009.
- FAVOREU, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 13^e éd., 2010.
- GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « droit fondamental », 7^e éd., 2010.
- GASTAMBIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres et de la propriété*, Legrand et Descauriat, 1837.
- GREFFE François et Pierre-Baptiste, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 8^e éd., 2008.
- GUINCHARD Serge, CHAINAIS, Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Précis », 30^e éd., 2010.
- HUARD, *Traité de propriété intellectuelle. Introduction. Propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 1903.
- JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3^e éd., 1938.
- LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^e éd., 2009.
- LOCHAK Danièle, *Les droits de l'homme*, La découverte, 3^e éd., 2009.
- LUCAS André et Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006.
- LYON-CAEN Gérard et LAVIGNE Pierre, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957.
- MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 5^e éd., 2011.
- MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, Defrénois, 4^e éd., 2010.
- MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 5^e éd., 2011.
- MARTY et RAYNAUD, *Les personnes*, Sirey, 1976.
- MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2001.
- MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^e éd., 2010.
- MAZEAUD Henri, Léon et Jacques, *Leçons de droit civil*, T. premier, Montchrestien, 1959.
- MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*. 2 tomes, Ed. Cujas, 7^e édition, 1997.
- MESTRE Jacques et PANCRAZI Marie-Eve, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 28^e éd., 2009.
- MORANGE Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, coll. « Droits fondamentaux », 5^e éd., 2000.
- PASSA Jérôme, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2 t., 2009.

PECES-BARBA MARTINEZ Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, présent. de S. NAÏR ; préf. A.-J. ARNAUD, LGDJ, 2004.

PLANIOU et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil. Principes généraux, Personnes, Biens*, 3^e ed., 1946.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *La propriété industrielle*, Economica, 2011.

POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal, Billard et Cie, 1879.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e ed., 2006.

REINHARD Yves et THOMASSET-PIERRE Sylvie, *Droit commercial*, Litec, 7^e ed., 2008.

RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, la science et les beaux-arts*, Jules Renouard et Cie, Paris, 1838.

RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin, 3^e ed., 1865.

RENUCCI Jean-François, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007.

RIPERT et ROBLOT, *Traité du droit des affaires*, par VOGEL Louis, LGDJ, 19^e ed, 2010.

ROBERT Jacques et DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^e ed., 2009.

ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 2 t., 1952.

ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, préf. G. VEDEL, Montchrestien, 7^e ed., 2006.

STRICKLER Yves, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006.

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna et PIERRE Jean-Luc, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e ed., 2007.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^e ed., 2011.

SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZINOVA Joël, GOUTTENOIRE Adeline et LEVINET Michel, *Les grands arrêts de la Cour EDH*, PUF, 5^e ed, 2009.

TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e ed, 2006.

TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e ed., 2010.

TEYSSIE Bernard, *Droit civil. Les personnes*, Litec, 11^e ed., 2010.

TRUCHET Didier, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2^e ed., 2008.

TURPIN Dominique, *Contentieux constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986.

VIVANT Michel et BRUGUIÈRE Jean-Michel, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Précis », 2009.

ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^e ed., 2008.

II – Ouvrages spéciaux : Thèses et monographies

ABRANTES José-Jao, *Contrat de travail et droits fondamentaux : contribution à une dogmatique européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000.

ALMA-DELETTRE Sophie, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse, Montpellier, 1999.

AUVRET Patrick, *La liberté d'expression du journaliste et le respect dû aux personnes*, thèse, Paris 2, 1982.

AZEMA Marcelle, *De la responsabilité civile de l'écrivain*, thèse, Bordeaux, 1935.

AZZI Tristan, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005.

BARENDT Eric, *Freedom of speech*, 2^e ed., Oxford University Press, 2005.

BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993.

BÉCOURT Daniel, *Livres condamnés. Livres interdits*, Cercle de la Librairie, 2^e ed., 1972.

BECQUET Samuel, *Le bien industriel*, préf. T. REVET, LGDJ, 2005.

BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, 1995.

BERGE Jean-Sylvestre, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996.

BERTRAND André, *Le droit d'auteur et le droit voisin*, Dalloz, 1999.

BERTRAND André, *Le droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2011.

BINCTIN Nicolas, *Le capital intellectuel*, préf. G. BONET et M. GERMAIN, Litec, 2007.

BINET Jean-René, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, préf. C. LABRUSSE-RIOU et postface B. BEIGNIER, Le Monde / PUF, 2002.

BLAIZOT-HAZARD Catherine, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003.

BOUCHET-LE MAPPIAN Emilie, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, thèse, Nantes, 2009.

BOUCRIS-MAITRAL Géraldine, *Créations et salariat*, thèse, Lyon 2, 2005.

BROCHARD Laurent, *Le rire et le droit privé*, thèse, Poitiers, 2006.

BRONZO Nicolas, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.

BRUGUIERE Jean-Michel, *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Editions, coll. « Guide Légipresse », 2005.

BUYDENS Mireille, *La protection de la quasi-crédation. Information, publicité, mode, photographies documentaires et esthétique industrielle. Droit belge, droit allemand, droit français*, Larcier/Bruylant/FEC, 1993.

CABRILLAC Henri, *La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste. Essai sur le droit moral*, thèse Montpellier, 1926.

CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « droit fondamental », 2010.

CANLORBE Julien, *L'usage de la marque d'autrui*, Litec, Irpi, préf. G. BONET, 2007.

CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préf. M. FROMONT, LGDJ, 2001.

CARON Christophe, *Abus de droit et droit d'auteur*, av.-prop. FRANÇON, Litec, 1998.

CARRE Stéphanie, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse, Montpellier, 2004.

CASTETS-RENARD Céline, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.

CHERPILLOD Ivan, *L'objet du droit d'auteur*, Cedidac, 1985.

CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie*, préf. J.-L. AUTIN, Dalloz, coll. « NBT », 2006.

COHEN Jeremy, *Congress Shall Make No Law*, Iowa State University, 1989.

COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, Litec/Unesco, 1990.

CORNU Marie, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, 1996.

CRIONNET Marcel, *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, LGDJ, préf. A. FRANÇON, 1975.

DAIZE Fabienne, *Marques et usurpation de signes de la personnalité*, préf. Y. REBOUL, Litec, 2006.

DE GORGUETTE D'ARGOEUVES Stanislas, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire*, Dalloz, 1926.

DE LAMY Bertrand, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000.

DE WERRA Jacques, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre. Etude de droit suisse dans une perspective de droit comparé*, Staempli, 1997.

DENOIX DE SAINT MARC Stéphanie, *Le contrat de commande et le droit d'auteur français*, Litec, 1999.

DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Dalloz, coll. « NBT », 2002.

DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personnalité*, LGDJ, 1960.

DELVOLVE Véronique, *La liberté d'entreprendre*, thèse, Paris 2, 2002.

DOCQUIR Benjamin, *Le droit de la vie privée*, De Boeck, préf. Y. POULLET, 2008.

DELFOUR François, *L'imitation créatrice*, thèse, Toulouse, 2000.

DELVOLVE Véronique, *La liberté d'entreprendre*, thèse, Paris 2, 2002.

DENOIX DE SAINT MARC Stéphanie, *Le contrat de commande et le droit d'auteur français*, Litec, 1999.

DESAULNAY Olivier, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « NBT », 2009.

DESSEMONTET François, *Le savoir-faire industriel. Définition et protection du « know-how » en droit américain*, Droz, 1974.

DOUTRELEPONT Carine, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant/LGDJ, 1997.

DRAI Laurent, *Le droit du travail intellectuel*, préf. P.-Y. VERKINDT, LGDJ, 2005.

DREYER Emmanuel, *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, av.-pr. G. COHEN-JONATHAN, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2003.

DRUEZ Catherine, *Le droit d'auteur des salariés*, thèse, Paris 2, 1984.

DUMAS Romain, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008.

DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, PUF, 1994.

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. « Léviathan », 1995.

EL KHOURY Pierre, *Les exceptions au droit d'auteur, étude de droit comparé*, thèse, Montpellier, 2007.

EL-TANAMLI Abdel-Moneim, *Du droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire et artistique. Etude critique des droits positifs français et égyptiens comparés. Vers une réforme législative*, thèse, Paris, Ed. Pedone, 1943.

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, préf. G. VEDEL, 1972.

GAUDREAU-DES-BIENS Jean-françois, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Liber, Les presses de l'Université de Laval, 1996.

GEIGER Christophe, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, coll. IRPI, préf. M. VIVANT, 2004.

GENDREAU Ysolde, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, préf. A. FRANÇON, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 246, 1994.

GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, 2 t., rééd. 1996.

GERARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (Dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983.

GROSCLAUDE Laurence, *Liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême des Etats-Unis*, thèse, Paris 2, 2003.

GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, préf. C.-M. HERRERA, Dalloz, ed. originale 1946, rééd., 2009.

GUTIERREZ-LACOUR Stéphanie, *Le temps dans les propriétés intellectuelles. Contribution à l'étude du droit des créations*, préf. M. VIVANT, Litec, 2004.

HART H. L. A., *The concept of law*, Oxford University Press, 1961.

HEINICH Nathalie et EDELMAN Bernard, *L'art en conflits : l'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie*, La découverte, 2002.

ICKOWICZ Judith, *Le droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art. Une analyse juridique de l'art contemporain*, Thèse, Paris 1, 2009.

JOLY Sophie, *La création artistique et l'ordre public*, thèse, Montpellier, 1999.

JOSANDE Lauriane, *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, préf. W. MASTOR, Bruylant, 2010.

JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928.

KAUFFMANN Florian, *Les créations intellectuelles et les régimes matrimoniaux*, thèse, Montpellier, 2006.

KAYSER Pierre, *La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée*, PUAM, préf. H. MAZEAUD, 1995.

KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.

KHALVALDJIAN Boris, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation*, PUAM, préf. M. VIVANT, 2008.

LALIGANT Olivier, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales*, LGDJ, 1983.

LALIGANT Olivier, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999.

LE LABOURIER-FLEURY Géraldine, *Le cumul de droits de propriété intellectuelle*, thèse, Caen, 2007.

LECARDONNEL Méline, *Exercice et limites de la liberté de création : approche juridique*, thèse, Nantes, 2009.

LECLERC Yvan, *Crimes écrits. La littérature en procès au XIXème siècle*, Plon, 1991.

LECUYER Guillaume, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, préf. L. CADIET, Dalloz, 2006.

LESUEUR Justine, *Conflits de droits. Illustration dans le champ des propriétés incorporelles*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2009.

LETURCQ Shirley, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel français et la Cour EDH*, LGDJ, préf. Th.-S. RENOUX, 2005.

LUCAS André, *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies Techniques, 1975.

LUCAS André, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, 2 t., PUAM, 2002.

MACREZ Franck, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, préf. M. VIVANT, Litec, coll. du Ceipi, 2011.

MAFFRE-BAUGE Agnès, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, thèse, Montpellier, 1997.

MAMELI Christine, *Le droit d'auteur dans le droit patrimonial de la famille : proposition pour une pleine prise en compte du caractère personnel du droit d'auteur*, thèse, Université Paul Cézanne, 2007.

MARECHAL Camille, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. BONET, Litec, 2009.

MARGUENAUD Jean-Pierre, *L'animal en droit privé*, préf. C. LOMBOIS, PUF, 1992.

MATHIEU Bertrand, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica/PUAM, 2000.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007.

MAYAUD Yves, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, préf. A. DECOCQ, 1979.

MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises*, LGDJ, préf. D. ROUSSEAU, 2003.

MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 411, préf. J. GHESTIN, 2004.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. G. VEDEL, PUAM, 1997.

MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. D. ROUSSEAU, LGDJ, 2004.

- MICHAELIDES-NOUARO Georges, *Le droit moral de l'auteur. Étude de droit français et de droit comparé*, Librairie Arthur Rousseau, 1935.
- MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention EDH*, Dalloz, coll. « NBT », 2006.
- MOLFESSIS Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Coll. « Bib. dr. priv. », 1997.
- MOUTEL Béatrice, *L'« effet horizontal » de la CEDH en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Limoges, 2006.
- MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2 vol., préf. F. SUDRE, 2005.
- NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon, imprimerie Bosc et Riou, 1939.
- NICAUD Baptiste, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, thèse, Limoges, 2010.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- PASSA Jérôme, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, av.-prop. G. BONET, Litec, 1997.
- PASSOT Florence, *L'humour et le droit*, thèse, Lyon 3, 2006.
- PAUL François, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002.
- PECH Laurent, *La liberté d'expression et sa limitation*, PU Clermont-Ferrand, préf. G. SCOFFONI, 2003.
- PESSINA-DASSONVILLE Stéphane, *L'artiste-interprète salarié : entre création intellectuelle et protection sociale*, av.-pr. A. SUPIOT, préf., M. VIVANT, PUAM, 2006.
- PETERSMANN E.-U., *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*, University Press Fribourg, 1991.
- PFISTER Laurent, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse, Strasbourg III, 2 t., 1999.
- PIERROUX Emmanuèle, *La propriété des œuvres d'art corporelles*, PUAM, Préf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 2 t., 2003.
- PINTO Roger, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat-Montchrestien, 1955.
- POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, préf. FRANÇON, LGDJ, 1989.
- PRES Xavier, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français. Le juge, l'administration, les usages et le droit d'auteur*, PUAM, préf. P.-Y. GAUTIER, 2004.
- RABILLER Stéphanie, *Les restrictions administratives à la liberté de la presse*, Economica/PUAM, 2002.
- RAINVILLE Pierre, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Les Presses de l'Université de Laval, coll. « Dikès », 2005.
- RAVANAS Jacques, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. KAYSER, LGDJ, 1978.
- RAYNARD Jacques, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, préf. M. VIVANT, 1990.

RAYNAUD Julien, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. E. GARAUD, PUAM, 2003.

RECHT Pierre, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969.

REJET Thierry, *La force de travail. Étude juridique*, préf. F. ZENATTI, Litec, coll. « Bibl. dr. entrep. », 1992.

RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », 1980.

RIOU Alain, *Le droit de la culture et le droit à la culture*, ESF, 2^e éd., 1996.

ROUSSEAU François, *L'imputation de la responsabilité pénale*, préf. J.-Ch. SAINT-PAU, Dalloz, coll. « NBT », 2009.

SAINT-JAMES Virginie, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, PUF/ Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 1993.

SAINT-MARTIN Axel, *Créations immatérielles et responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations*, thèse, Montpellier, 2006.

SANCHEZ GONZALES Santiago, *La libertad de expresion*, Marcial Pons, 1992.

SAUVAGEAU Florian, SCHNEIDERMAN David et TARAS David, *La Cour suprême du Canada et les médias. A qui le dernier mot ?*, Les Presses de l'Université Laval, 2006.

SFETEA Jules, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, thèse, Paris, 1923.

SHIFFRIN Steven, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Harvard University Press, 1990.

SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos B. VESTERDORF, Préf. G. CANIVET, LGDJ, 2008.

SIMLER Christel, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, thèse, Strasbourg, 2008.

SIRINELLI Pierre, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, these, Paris 2, 1985.

SÖDERHJELM Alma, *Le régime de la presse pendant la Révolution française*, Helsingfors, 1900.

SPIELMANN Dean, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, préf. P. LAMBERT, Bruylant, Nemesis, 1995.

STATI Marcel, *Le standard juridique*, préf. R. DEMOGUE, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.

STROWEL Alain et DERCLAYE Estelle, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, 2001.

SUDRE Emilie, *La protection de la vie privée face à l'information du public*, thèse, Toulouse, 2005.

SUNSTEIN Cass. R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, New York, 1993.

TOUBOUL Alexandra, *Le droit d'auteur des salariés en droit français*, thèse, 2005.

TREMEAU Jérôme, *La réserve de loi : compétence législative et constitution*, préf. FAVOREU, PUAM/Economica, 1997.

TULY James, *Locke. Droit naturel et propriété*, PUF, coll. « Léviathan », 1992.

VALLETTE Antoine, *L'emprunt musical*, thèse, Montpellier, 2002.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention EDH : prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. TULKENS et F. OST, Bruylant, 2001.

VIVANT Carole, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, préf. Ph. PETEL, avant-propos R. REMOND, Dalloz, coll. « NBT », 2007.

WALRAVENS Nadia, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Economica/IESA, 2005.

YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS Alice, *Les mobiles du délit. Études de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim », t. XVII, préf. B. DI TULLIO, 1974.

ZATTARA Anne-Françoise, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001.

ZENATI Frédéric, *La nature juridique de la propriété*, thèse, Lyon 3, 1981.

ZOLLINGER Alexandre, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, préf. Ph. GAUDRAT, LGDJ, 2008.

III – Ouvrages collectifs : Mélanges, encyclopédies, dictionnaires, actes et lexiques

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, coll. « Quadrige », 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

ARNAUD André-Jean (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e ed., 1993.

Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, 2003.

Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruylant, 2003.

BOY Laurence, RACINE Jean-Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice (Dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, préf. J.-F. RENUCCI, 2009.

BRIBOSIA Emmanuelle et HENNEBEL Ludovic (Dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004.

BRUGUIÈRE Jean-Michel (Dir.), *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

BRUGUIÈRE Jean-Michel, MALLET-POUJOL Nathalie et ROBIN Agnès (Dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007.

CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume (Dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2^e ed., 2010.

CHAMPEIL-DESPLATS Valérie et LOCHAK Danièle, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008.

CORNU Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitiant, PUF, 8^e ed., 2007.

Droit constitutionnel et droits de l'homme, Association française des constitutionnalistes, Paris/Aix-en-Provence, 31 août-5 septembre 1987, Economica, 1987.

Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges offerts à Philippe Ardant, LGDJ, 1999.

Droit et technique. Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefond, Litec, 2007.

Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet, Litec/IRPI, 2010.

DURRANDE Sylvianne, « Droit d'auteur. Droit d'auteur et concurrence déloyale », *JCl. Civil Annexes*, fasc. 1620, 2011.

Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges offerts à Christian Bolze, Economica, 1999.

Etudes offertes à Pierre Kayser, PUAM, 1979.

Études offertes André Audinet, PUF, 1968.

Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel Plaisant, Sirey, 1960.

Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, 2006.

FAVOREU (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence des 19 au 21 février 1981*, Economica/PUAM, 1987.

GAUDRAT Philippe, *Repertoire de droit civil*, « Propriété littéraire et artistique », Dalloz, 2007.

HERMITTE Marie-Angèle, (Dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Romillat, 2001.

Hommages à Henri Desbois. Études de propriété intellectuelle, Dalloz, 1974.

Justice civile au XXI^e siècle. Mélanges Pierre Julien, Edilait, 2003.

Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand, Litec, 2003.

L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, PUF/Dalloz/Jurisclasseur, 1999.

L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Paris, Dalloz, 2003.

La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, 2007.

La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque organisé à Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF, 1993.

Le corps humain et le droit, Trav. de l'Ass. Capitant, T. XXVI, 1977.

Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Dalloz, 2009.

Le droit privé à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala, Litec, 2001.

Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, 2000.

Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, Actes du colloque international des 27 et 28 novembre 2003, Schulthess, 2004.

Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, 2006.

Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008.

L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey, Pedone, 1995.

MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.), *Cour EDH et droit privé*, La Documentation française, 2001.

Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998.

Mélanges dédiés à Paul Mathély, Litec, 1990.

Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991.

Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice, Pédone, 1998.

Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Dalloz/Sirey, 1961.

Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1987.

Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz/Sirey, 1985.

Mélanges offerts à Pierre Voirin, LGDJ, 1966.

Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel, Montchrestien, 2000.

Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005.

NIEC Halina (Dir.), *Pour ou contre les droits culturels ?*, Editions UNESCO, 2000 pour la version française.

Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges offerts à Roger Perrot, Dalloz, 1995.

Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri, (Dir.), *La Convention EDH, Commentaire article par article*, Economica/PUAM, 1989.

PIERRAT Emmanuel (Dir.), *Le livre noir de la censure*, Seuil, 2008.

Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur d'André Françon, Dalloz, 1995.

Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975.

RENET Thierry et PAVIA Marie-Luce (Dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999.

SOURIAU Etienne (Dir.), *Vocabulaire d'esthétique*, PUF, coll. « Quadrige », 3^e ed. 2010.

STROWEL Alain et TULKENS Françoise (Dir.), *Droits d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006.

VIVANT Michel (Dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004.

VIVANT Michel (Dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997.

ZOLLER Élisabeth (Dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008.

ZOLLER Élisabeth (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 2^e ed., 2010.

IV – Autres ouvrages : philosophie, sociologie, économie, psychologie et gestion

ADORNO, *Théorie esthétique*, trad. M. JIMENEZ, Klincksieck, 1989.

AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1991, ed. originale 1960.

BARTHES, *Œuvres Complètes*, Paris, Seuil, 2002.

BEKER Howard S., *Les mondes de l'art*, Champs/Flammarion, préf. P.-M. MENGER, 2006.

- BELLON Bertrand, *L'innovation créatrice*, Economica/Arte Editions, 2002.
- BENJAMIN, L'œuvre d'art à l'époque de la reproduction mécanique, 1936, réed. Folio, 2008.
- CASSAGNE, La théorie de l'art pour l'art en France chez les derniers romantiques et premiers réalistes, 1906, réed. Slatkine Reprints, 1979.
- CHALUMEAU Jean-Luc, *Les théories de l'art*, Vuibert, 1997.
- COMETTI Jean-Pierre, *Art, Représentation, Expression*, PUF, coll. « Philosophies », 2002.
- DE BRABANDERE Luc, *Le Management des Idées. De la créativité à l'innovation*, Dunod, 2002.
- DEWEY, *L'art comme expérience*, Gallimard, coll. « Folio essai », 2010, ed. originale 1934.
- DUCHAMP, « Le processus créatif », in *Duchamp du signe*, Ecrits, 1975.
- ESQUIVEL Patricia, *L'autonomie de l'art en question : l'art en tant qu'art*, L'Harmattan, 2008.
- FOUCAULT Michel, « Qu'est ce qu'un auteur ? », *Dits et écrits*, Gallimard, 1994.
- GADOFFRE Gilbert, ELLRODT Robert et MAULPOIX Jean-Michel, *L'acte créateur*, PUF, 1997.
- GAGLIO Gérald, *Sociologique de l'innovation*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2011.
- GALVEZ-BEHAR Gabriel, *La République des inventeurs. Propriété et organisation de l'innovation en France (1791-1922)*, PUR, 2008.
- GENETTE Gérard, *Figures III*, Editions du Seuil, coll. « Poétique », 1972.
- HEINICH Nathalie, *Du peintre à l'artiste. Artisans et académiciens à l'âge classique*, Editions de Minuit, 1993.
- JAUSS Hans Robert, *Pour une esthétique de la réception*, préf. J. STAROBINSKI, Verlagsansalt, Constance, 1972, trad. française, Gallimard, 1978.
- LEVEQUE François et MENIERE Yann, *Economie de la propriété intellectuelle*, La découverte, coll. « Repères », 2003.
- LOUFAFA Tayeb, PERRET Francis-Luc, *Créativité et innovation. L'intelligence collective au service du management de projet*, Presses Polytechniques et Universitaires romandes, 2008.
- MENGER Pierre-Michel, *Le travail créateur. S'accomplir dans l'incertain*, Gallimard, Seuil, 2009.
- MENGER Pierre-Michel, *Portrait de l'artiste en travailleur. Métamorphose du capitalisme*, Seuil, coll. « La République des Idées », 2002.
- MICHAUD Yves, *La crise de l'art contemporain*, PUF, 2005.
- MORIZOT Jacques et POUVET Roger (Dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Armand Colin, 2007.
- MOULIN Raymonde, *L'artiste, l'institution et le marché*, Flammarion, coll. champ art, 2009.
- NINEY François, *Le documentaire et ses faux-semblants*, Klincksieck, 2009.
- OGIEN Ruwen, *La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale*, La Musardine, 2007.
- PAVEL Thomas, *Univers de la fiction*, Editions du Seuil, coll. « Poétique », 1988.

PERROUX François, *Industrie et création collective*, 2 t., PUF, 1970.

RIBOT Théodule, *Essai sur l'imagination créatrice*, F. Alcan, 1900.

RICHARD Frank, *Recherche, invention et innovation*, Economica, 1998.

RIOU Denys, *Qu'est ce que l'art moderne ?*, Gallimard, coll. « Folio », 2000.

ROUQUETTE Michel-Louis, *La créativité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^e ed., 2007.

SAPIRO Gisèle, *La responsabilité de l'écrivain. Littérature, droit et morale en France (XIXe – XXIe siècle)*, Seuil, 2011.

SEARLE John, *Sens et expression : études de théorie des actes de langage*, Paris, éditions de Minuit, 1982, p. 102.

SCHAEFFER Jean-Marie et HEINICH Nathalie, *Art, création et fiction*, Ed. J. Chambon, 2004.

SCHAEFFER Jean-Marie, *Pourquoi la fiction ?*, Seuil, 1999.

SCHUMPETER, *Théorie de l'évolution économique*, 1911.

VALETTE Bernard, *Le roman. Initiation aux méthodes et aux techniques modernes d'analyse littéraire*, A. Collin, rééd. 2005.

VERALDI Gabriel et Brigitte, *Psychologie de la création*, Marabout, 1972.

V – Documents et rapports officiels

BENABOU Valérie-Laure et MARTIN Jean, Rapport du CSPLA, *Le régime juridique des œuvres multimédia : Droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, 2005.

Commission des Communautés Européennes, Livre Vert sur *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 16 juillet 2008, COM(2008) 466 final.

FALQUE-PIERROTIN Isabelle, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998.

GAUDRAT Philippe et MASSE Gérard, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'engagement de création*, 2000.

JOLIBOIS Charles, *Rapport fait au nom de la Commission spéciale du Sénat*, 20 mars 1985.

MARGUENAUD Jean-Pierre (Dir.), *Cour européenne des droits de l'homme et droit privé. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, Mission de recherche Droit et justice, 2001.

MARTIN Jean, LIEBER Sophie-Justine, *Rapport du CSPLA. Commission sur les œuvres orphelines*, 19 mars 2008.

VI – Articles, chroniques et notes

ABELLO Michel et TASSI Jérôme, « L'employé auteur de logiciel et les droits fondamentaux : une question prioritaire de constitutionnalité d'avenir ? », *Com. com. élect.* 2011, étude 8.

ACQUARON Daniel, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985, chron., p. 129.

ALCARAS Jean-Robert, « La protection des droits de propriété peut-elle favoriser la création culturelle ? », *in Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2006, p. 55.

ALLEAUME Christophe, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *Ccom com. élec.* 2006, étude 27.

AMSELEK Paul, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits* 1987, n°6, p. 131.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA* 2002, p. 124.

ARHEL Pierre, « ADPIC et Santé publique », *LPA* 19 mai 2009, n°99, p. 6.

AUER Andreas, « La liberté de l'art ou l'art de libérer ma conscience : un essai », in *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste*, Actes du colloque international des 27 et 28 novembre 2003, Schulthess, p. 81.

AZZI Tristan, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, p. 227.

BALKIN Jack M., « Digital speech and democratic culture : a theory of freedom of expression for the information society », *NYU Law Review*, Vol. 79, 1, 2004.

BARENDT Eric, « La liberté d'expression au Royaume-Uni et le *Human Rights Act* de 1998 », in *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, sous la direction de E. ZoLLer, Dalloz, 2008.

- « Defamation and fiction » in *Law and Literature, Current Legal Issues* 1999, vol. 2, Oxford University Press, 1999, p. 481.

BARTA Januz, « Le droit d'auteur et la créativité de l'employé », *RIDA* 1984, n° 121, p. 141 et s.

BENABOU Valérie-Laure, « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontre franco-allemandes*, Litec, 2007, p. 165.

BENCHIKH Madjid, « La dignité de la personne humaine en droit international » in *La dignité de la personne humaine*, sous la dir. de T. REVET et M.-L PAVIA, Economica, 1999, p. 37.

BERGE Jean-Sylvestre, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *Prop. Intell.* 2002, n°4, p. 2.

BERNARD Alain, « Estimer l'inestimable. Ou de l'indemnisation du propriétaire d'une œuvre d'art interdite d'exportation », *RTD Civ.* 1995, p. 271.

BEZANSON Randall P., « Art and the Constitution », *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, mai 2008.

- « Performing Art », *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-05, Federal Communication Law*, April 2008.
- « Art And Freedom Of Speech », *University of Illinois Press*, 2008-2009.

BIGOT Christophe, « Droit de la personnalité. Juillet 2006 – juillet 2007. Panorama », *D.* 2007, p. 2779.

- « Le nouveau régime du droit à l'image : le test en deux étapes », *D.* 2004, jur. p. 2596.
- « La liberté de création artistique prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image des personnes », *D.* 2009, p. 470.

BINCTIN Nicolas, « La qualité à agir des SPRD pour les non-membres », *Légipresse* 2009, n° 261, p. 52.

- « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », in *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 51.

BOBBIO Norberto, « Des critères pour résoudre les antinomies en droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. GUERET, préf. R. GUASTINI, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 89.

BON Pierre, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in *La nouvelle république brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Economica, 1991, p. 223.

BONET Georges, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 87.

BONNAL Nicolas, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom* n°43, 2009/2, p. 23.

BOULANGER Jacques, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études Ripert*, p. 51.

BOYER-CAPELLE Caroline, « L'influence renouvelée de la Cour EDH dans le domaine des mesures provisoires et l'office du juge administratif français », *RDP* 2011, p. 320.

BRIERE Carine, « La Convention de Berne et le principe de non discrimination », *D.* 2005, p. 2535.

BRUGUIÈRE Jean-Michel, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. com. électr.* 2007, étude 3.

- « La recevabilité de l'action des SPRD à agir en contrefaçon pour les créateurs non-membres », *JCP E* 2009, p. 1471.
- « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais... », *D.* 2011, p. 28.
- « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Prop. Indus.* 2010, dossier 10.

BRUGUIÈRE Jean-Michel et DUMONT Frédéric, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. électr.* 2010, étude 10.

BYK Christian, « Bioéthique, universalisme et mondialisation, la dynamique des contradictions », *JCP G* 2005, 315.

CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chron. 119.

CARCASSONNE Guy, « Médias, une constitutionnalisation superflue ? », *D.* 2008, p. 2128.

CARON Christophe, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.

- « La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel », *Com. com. électr.* 2006, comm. 140.
- « Les droits de l'homme déferlent sur le droit d'auteur », *Com. com. électr.* 2000, comm. 98.
- « À propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *D.* 2003, p. 1715.

CARREAU Caroline, « Santé et droits de propriété intellectuelle », in *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 133, spéc. p. 145 et s.

CAMPANA-REYMOND DE GENTILE Marie-Jeanne, « La transmission héréditaire du droit de suite des œuvres graphiques et plastiques », *Deffrénois* 1974, art. 30628, p. 602.

CASSIN René, « L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs d'œuvres de l'esprit » in *Mélanges Marcel PLAISANT*, Sirey, 1960, p. 231.

CASTELAIN, « La durée de protection », *RIDA* avril 1958, p. 379.

CATALA Pierre, « La définition juridique de l'information », *D.* 1984, chron. p.98.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323.

- « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p. 24.
- « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Rev. dr. trav.* 2007, p. 19.
- « Dignité de la personne », *JCI Libertés*, fasc. n°540, 2007

CHAPMAN Audrey, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligations découlant de l'article 15 (1)(c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XXXV n°3, juillet-septembre 2001, Edition UNESCO.

CHAZAL Jean-Pascal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. Phil. dr.*, t. 45, Dalloz, 2001, p. 303.

- CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G* 2005, I, 144.
- CEDRAS Jean, « Les œuvres collectives en droit français », *RIDA* octobre 1979, p. 3.
- CHARDIN Virginie, « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », *D.* 1997, p. 202.
- CLARK Birgit, « Freedom of Art v. Personality Rights : Ban Upheld On The Real Life Novel *Esra* », *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2008, 3, p. 221.
- CLAVIER Jean-Pierre., « Marques et droit des tiers (vers un droit des « marques-médias ») », *Prop. indus.* 2004, Etudes 13.
- COHEN Dany, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélange en hommage à François Terré*, PUF/Dalloz/Jurisclasseur, 1999, p. 393.
- « Art, public et marché », in *Droit et esthétique, Archives de philosophie du droit*, tome 40, Sirey, 1996, p. 221.
- COHEN-JONATHAN Gérard, « Article 10 », in *La Convention EDH, Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 365.
- CONTE Philippe, « Les outrages aux bonnes mœurs (de l'ancien au nouveau Code pénal) » in *Liberté de la presse et droit pénal*, PU Aix-Marseille, 1994, p. 201.
- CORNU Marie, « Aide à la création et liberté de l'art : le système français », in *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste*, Actes du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003, Schulthess, p. 33.
- « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907.
- DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. Lég. et jur.* 1939, p. 423.
- DE LAMY Bertrand, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 275.
- DE LEUSSE Dominique, « La censure et la loi », *Raisons politiques*, n°17, 2005/1.
- DE WERRA Jacques, « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Medialex* 3/01, p. 143.
- DE SCHUTTER Olivier, « La coopération entre la Cour EDH et le juge national », *RBDI* 1997, p. 1.
- DECOCQ Georges, « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *Droit et technique. Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 143.
- DEFAUX Agnès et AZZABI Zaina, « Arts visuels : la théorie de l'accessoire et du principal ne s'applique plus », *RLDI*, avril 2007, p. 8.
- DEFFERRARD Fabrice, « La provocation », *RSC* 2002, p. 233.
- DENNIS Andrea, « Poetic (In)Justice ? Rap Music Lyrics as Art, Life, and Criminal Evidence », *The Columbia Journal of Law and The Arts*, 2007, vo. 31, n°1, p. 1.
- DESSERTAUX Marc, « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD. Civ.* 1906, p. 119.
- DRAGO Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265.
- DRAI Laurent, « La logique du droit du travail versus la logique du droit de la propriété intellectuelle » in *Créations et inventions de salariés. Rompre avec les schémas reçus...*, Litec, 2010, p. 145 et s.
- DREYER Emmanuel, « Le trouble anormal causé par l'image d'une chose », *Comm. com. électr.* 2006, étude 20.
- « La Cour de cassation et le désarroi des croyants », *D.* 2007, p. 2072.
 - « La liberté d'expression comme droit concurrent », *RLDI* 2009, supplément n°49.

- « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006-2, n°113.
- « L'image des biens devant l'Assemblée Plénière », *D.* 2004, p. 1545.
- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730.
- « Dignité de la personne », *JCI Communication*, fasc. 3750, 2009.

DUMOULIN Lisa, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. Soc.* 2006, p. 1.

DUPUY René-Jean, « La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne », *Rev. dr. h.* 1974, n° VII, p. 41.

DUPRAT Jean-Pierre, « Le statut juridique du corps humain : une construction progressive », *LPA* 3 juillet 1996, n°80, p. 4.

DURRANDE Sylviane, « La parodie, le pastiche, la caricature », in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 133.

- « Droit d'auteur. Droit d'auteur et concurrence déloyale », *J-CI. Civil Annexes*, fasc. 1620, 2011.

DUSOLLIER Séverine, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *IRDI* 2005, p. 221.

EBERLE Edward, « Art as speech », Roger Williams University Legal Research Paper Series, n°50.

EDELMAN Bernard, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique : Esquisse d'une théorie du sujet », *D.* 1970, chron. p. 197.

- « La main et l'esprit », *D.* 1980, chron. p. 43.
- « Création et banalité », *D.* 1983, chron., p. 74.
- « Droit d'auteur et droits voisins », *D.* 1987, n° spécial hors série, commentaire de la loi du 3 juillet 1985, p. 68.
- « L'homme aux cellules d'or », *D.* 1989, chron. p. 225.
- « Le droit, les "vraies" sciences et les "fausses" sciences », in *Droit et science*, *Arch. phil. dr.* t. 36, Sirey, 1991, p. 55.
- « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998, chron. 141.
- « De l'urinoir de Duchamp comme l'un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *D.* 2000, chron. 98.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD Civ.* 1997, p. 247.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583.

- « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 458.

FERNADEZ SEGADO Fernando, « La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits », *RFDC* 2006/3, n°67, p. 451.

FEYDEAU Marie-Thérèse, « Le référé de presse : une procédure hors la loi ? », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, Forum Légipresse du 30 septembre 2000, Editions Victoire, 2000, p. 71.

FLAUSS Jean-François, « La Cour EDH et la liberté d'expression », in *La liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Dalloz, 2008, p. 100.

FLEURY-LE GROS Pierre, « Machines de magie et œuvres de magie : la qualification des "créations" », *Com. com. électr.* 2010, étude 5.

FOUILLAND Frédéric, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Comm. com. électr.* 2008, étude 24.

FOULON-PIGANIOL Jacques, « Le nom de la personne et les personnages d'une œuvre de l'esprit », *D.* 1968, ch. 117, p. 118.

FOURLON Armelle, « Etude de la jurisprudence rendue en matière de fiction du réel », *Comm. com. électr.* 2007, étude 5.

FOYER Jean, « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle : brevets, marques et droit d'auteur », in *Mélanges Plantey*, Pedone, 1995, p. 261.

FRAISSE Régis, « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre », *RJEP* 2011, étude 3.

FRANCESCHELLI Remo, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », in *Mélanges Roubier*, Dalloz/Sirey, 1961, p. 453.

FRANÇON, « Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique », *RIDA*, avr. 1971, p. 149.

- « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. p. 55.
- « Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la C.E.E », *RIDA* 1979, n°100, p. 135.
- « Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires », *DA* juin 1988, p. 302.
- « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civilistes et de Common Law », *RIDA* 1991, n° 149, p. 3.

FRISON-ROCHE Marie-Anne et BARANES William, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361.

FROMONT Michel, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP* 2007, p. 89.

- « Les droits fondamentaux dans la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges Eisenmann*, Ed. Cujas, 1975, p. 49 et s.

GALLOUX Jean-Christophe, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, Chron. p.229.

- « *De Corpore jus*. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n°94-653 et 94-654 du 29 juillet 2004 », in *LPA* 14 décembre 1994, n°spéc. bioéthique, p. 18.
- « Les droits fondamentaux de la procédure dans les propriétés intellectuelles : vers un syncrétisme européen », in *Mélanges Normand*, Litec, 2003, p.181.

GALLOUX Jean-Christophe et GUTMANN Emmanuel, « La protection des inventions biotechnologiques selon la loi du 6 août 2004 : du génie génétique à la tératogénie juridique », *Propr. intell.*, oct. 2004, n° 13, p. 871.

GAMET Laurent, « La liberté des arts et des sciences », in L. BURGORGUE-LARSEN (Dir.), *La France face à la Charte DFUE*, Bruylant, 2005, p. 357.

GARLICKI Lech, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/ développements récents », *RFDC* 2009, n° 78, p. 227.

GAUBIAC Yves, « La liberté de citer une œuvre de l'esprit », *RIDA* 1/1997, p. 3.

- « Droit d'auteur et intérêt général », *Prop. Intel.* 2010, p. 814.

GAUDRAT Philippe, « Prêt public et droit de location : l'art et la manière », *RTD Com.* 2008, p. 752.

- « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.* 2009, p. 323.
- « L'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société de l'information », *RTD Com.* 2003, p. 503.
- « L'invention informatique : un débat difficile et contourné », *RTD Com.* 2005, p. 323.
- « Propriété littéraire et artistique (Propriété des créateurs) », *Rép. dr. civil.*, Dalloz, 2011.

GAUTREAU Michel, « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », *RIDA* avril 1975, p. 129 s.

GAUTIER Pierre-Yves, « L'œuvre écrite pour autrui », *RIDA*, n°139, janvier 1989, p. 63.

- « L'accession mobilière en faveur des œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle de Proculiens et des Sabinien », *D.* 1988, chron. p. 152.

- « L'art et le droit naturel », in *Arch. phil. dr.* t. 40, p. 207.

GEIGER Christophe, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Prop. Intell.* oct. 2004, n°13, p. 882.

- « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 150.
- « Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux) », *D.* 2005, p. 2683.
- « L'avenir des exceptions au droit d'auteur – Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G* 2005, I, 186.
- « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt Victor Hugo de la Cour de cassation du 30 janv. 2007 », *RLDI* 2007, n° 2.
- « Droit des marques et liberté d'expression, de la proportionnalité à la libre critique », *D.* 2007, ch. 884.
- « Propriété intellectuelle et censure », *Medialex* 2006, p. 75.
- « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, janvier-mars 2007.
- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510.

GINSBURG Jane, « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* janv. 1991, p. 158.

GRAS Frédéric, « L'œuvre pornographique et son droit », *Légicom* n° 37, 2007/1, p. 79.

GUERIN-SEYSEN Dorothee, « L'image humoristique et la propriété intellectuelle », in *Image et droit*, sous la direction de P. Bloch, L'Harmattan, 2002, p. 99.

- « Humour, santé publique et droit des marques », *LPA* 2008, n° 188, p. 22.

HAARSCHER Guy, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/1, mis en ligne le 24 juin 2007, <http://www.philodroit.be>.

HAMILTON Marcie, « Art speech », *Vand. L. Rev.* 73 (1996).

HAUSER Jean, « Vie privée et liberté de création : quand la fiction rejoint la réalité ! », *RTD Civ.* 2006, p. 279.

- « La protection de l'image des morts », *RTD Civ.* 2010, p. 79.

HASSLER Théo, « Images et vie privée sous la loupe des médias », *AJF* 2008, p. 184.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine », *RTD eur.* 2009, p. 21.

HERMITTE Marie-Angèle, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation. L'exemple des droits intellectuels », in *Arch. phil. dr. La jurisprudence*, Sirey, 1985, p. 331.

- « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. HERMITTE (Dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Romillat, 2001, p. 19.

IACUB Marcela, « Les dangers de l'exception artistique », *Art Press*, sept. 2006, p.59.

IZORCHE Marie-Laure, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme » *RTD Civ* 1998, p. 17.

JAMIN Christophe, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (sous la dir. de), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p.175.

KALVEN Harry, « Metaphysics of the Law of Obscenity », 1960 *Sup. Ct. Rev.* 1, 15-16.

KAMINA Pascal, « Droit d'auteur et article 10 de la CEDH », *Légicom* n° 25 - 2001/2, p. 7.

- « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? » *D.* 1999, p. 580.
- « Droit d'auteur et discriminations. Brèves réflexions sur les inégalités de traitement en propriété littéraire et artistique », in *Droit et technique. Mélanges en l'honneur de X. Linant de Bellefond*, Litec, 2007, p. 253.

KATZ Claude, « Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des Droits de l'Homme », *Rev. trim. dr. h.* 1996, p. 541 .

KAYSER Pierre, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* . 1971, p. 445, n°25.
• « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat », *Études offertes André Audinet*, PUF, 1968, p. 129.

KHALVADJIAN Boris, « La théorie de l'accessoire a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI* 2008, n°43, p. 43.

KEREVER André, « Le droit d'auteur est un droit de l'homme », *Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, 1998.

KURI Daniel et MARGUENAUD Jean-Pierre, « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », *D.* 2010, p. 2921.

LABAYLE Henri, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA* 1998, p. 75.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « La vérité dans le droit des personnes », in B. EDELMAN, M.-A. HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, Éd. Ch. Bourgeois 1988, p. 159 s.

LACABARATS Alain, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *GP* 2006, chron. p. 7.

LAMBERT Pierre, « Liberté scientifique et droit de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bryulant, 2003, p. 175.

• « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (Dir.), *L'interprétation de la Convention EDH*, Nemesis/Bryulant, 1998, p. 76.

LAPOUSTERLE Jean, « Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général », *D.* 2008, p. 2256.

LARRALDE Jean-Manuel, « La liberté d'expression et le blasphème », *Rev. trim. dr. h.* 1995, n° 32, p. 729.

LEPAGE Agathe, « Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon », *Comm. com. électr.* 2009, comm. 82.

• « Personnalité (droits de) », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2010.

LEFRANC David, « L'affaire Apocalypse. Un revirement de la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ? », *Auteurs & Media*, 2007, n° 4, p. 327.

• « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé », *D.* 2008, p. 827.

LESSONA, « Théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD Civ.* 1912.

LESUEUR Justine, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *Comm. com. élect.* 2007, étude 15.

LEVADE Anne, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 687.

LEVINET Michel, « Les présupposés idéologiques de la Cour EDH », *LPA* 2010, n° 254, p. 9.

LE STANC Christian, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste, Observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées" », *D.* 1993, chron. II, p. 4.

« L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les "patent trolls" », *Prop. Indus.* 2010, dossier 8.

LEVY Yves, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique », *LPA*, 28 avril 2003, n°84, p. 4.

LE TOURNEAU Philippe, « Retour sur le parasitisme », *D.* 2000, p. 403.

LIBCHABER Rémy, « La propriété, droit fondamental », in R.CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 16^e ed., 2010, p. 689.

LOCHAK Danièle, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 15.

LOISEAU Grégoire, « La crise existentielle du droit patrimonial à l'image », *D.* 2010, p. 450.

- « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p.47.
- « Les droits sur le nom : un droit à la recherche d'un statut », *GP* 2007, doct., p. 1474.

LUCAS André, « Représentation contrefaisant d'une photographie sur les offres d'abonnement d'un magazine », *comm. sous Civ. 1*, 25 mai 2004, *JCP G*, 2004, II, 10170.

- « Droit d'auteur et création salarié », *RLDI* 2008, n° 36.

LUCAS André et SIRINELLI Pierre, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* 1993, I, 3681.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, « La contrefaçon artistique : état des lieux », *Comm. com. électr.* 2011, étude 3.

- « Nature du droit d'auteur. Droit d'auteur et droit de la personnalité », *J-Cl. Civil Annexes*, fasc. 1118, 2010.

MALAUURIE Philippe, « Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure », *JCP G*, 2008, act. 566.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Le droit à "l'expertise équitable" », *D.* 2000, chron. p. 111.

- « Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », *D.* 2010, p. 816.
- « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », *RDC* 2009, p. 1211.

MARINO Laure, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, p. 829.

MATHIEU Bertrand, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Gélard*, Montchrestien, 1999, p. 301

- « Pour une reconnaissance des "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'homme », *D.* 1995, chron. p. 211.
- « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *Revue de Droit Public* 2007, n°1, p. 231.

MASSON Antoine, « De la possible influence de W.O. Holmes sur la conception de la liberté d'expression dans la Convention EDH », 83, *RDIC* 2006, p. 232 et s.

MENIERE Yann, « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Prop. indus.* 2010, dossier 3.

MILANO Laure, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RD Publ.* n° 3, 2006, p. 639.

MOLFESSIS Nicolas, « Droit fondamental. Label incontrôlé », *JCP G* 2009, n° 25, p. 32.

MUZNY Petr, « Quelques observations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2214.

- « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP* 2006, n°4, p. 997.

NERSON Roger, « Les noms des personnages de romans », in *Mélanges Kayser*, PUAM, t. 2, 1979, p. 303.

NEYRET Laurent, « La responsabilité civile arbitre du conflit entre droit des marques et liberté d'expression », *D.* 2008, p. 2402.

MALLET-POUJOL Nathalie, « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *Légicom* 2001, n° 24, p.107.

- « Le double langage du droit à l'information », *D.* 2002, ch., p. 2422.
- « De la "cohabitation" entre la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'article 1382 du Code civil », *Légipresse* 2006, n°234, II, p. 93.

MBONGO Pascal, « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume. Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007.

- « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse* 2004, n° 213, II, p. 85.

MEIKLEJOHN Alexander, « The Frist Amendment Is An Absolute », *The Supreme Court Review*, vol. 1961 (1961), p. 245.

MESTRE Jean-Louis, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chron. 1.

MEYER-BISCH Patrice, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in P. Meyer-Bisch (sous la dir. de), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg, Ed. Universitaires Fribourg, 1991, p. 98.

MEYERS Emily, « Art on ice : The chilling effect of copyright on artistic expression », *The Columbia Journal of Law and the Art*, Vol. 30, n°2, 2007, p. 217.

MEYRAT Isabelle, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvrier* 2002, p. 343.

OST François, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformation et déplacements*, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (Dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 3.

PARES Philippe, « La conception française du droit d'auteur », *RIDA* 1954, n° 1, p. 3.

PARICARD Sophie, « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », *RDSS* 2009, p. 98.

PASSA Jérôme, « L'incidence de la fonction de marque sur l'obtention ou la validité et le maintien en vigueur du droit », *Prop. Indus.* 2010, Dossier 4.

- « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, p. 297.

PAVIA Marie-Luce, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

PATAILLE, « De la nature et de la durée des droits des auteurs et des artistes sur leurs œuvres », *Extrait des annales de la propriété industrielle artistique et littéraire*, avril 1866, p. 135.

PESSINA-DASSONVILLE Stéphane, « La qualité d'artiste de spectacle : une notion dévoyée. Du droit du spectacle artistique au droit du divertissement », *Prop. Intell.* avril 2008, p. 194.

PETTITI Louis-Edmond, « La liberté d'expression, la CEDH et la vie politique » in *Mélanges N. Valticos*, Pédone, 1999, p. 459.

PFISTER Laurent, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle », *RIDA* 2005, p. 117.

PICARD Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial « Droits fondamentaux », p. 6.

PICHERAL Caroline et OLINGA Alain-Didier, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », *Rev. trim. dr. h.* 1995, p. 567.

PIROVANO Antoine, « La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chron., p. 67.

PLAISANT René, « Les conventions relatives au droit moral de l'auteur », in *Mélanges Desbois*, Dalloz, 1974, p. 63.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Droit moral et droit de la personnalité », *JCP* 1994, I, 3780.

- « Le droit moral en France, à travers la jurisprudence récente », *RIDA* 1990, n°145, p. 127.

- « Réaménagement de la place des Terreaux à Lyon : les limites au droit de l'auteur d'une œuvre située sur la voie publique », *JCP G* 2001, p. 1377.
- « La durée du droit d'auteur », *RIDA* 1998, n° 176, p. 83.
- « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », *Droit et Patrimoine*, février 2004, p. 30.
- « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD Com.* 2000, p. 273.
- « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », *JCP G* 1999, I, 150.
- « Du bon usage du principe communautaire de non-discrimination en droit de la propriété intellectuelle : à propos de l'affaire *La Bohème* », *Prop. Intell.* 2003, n° 6, p. 24.

PONTIER Jean-Marie, « La notion d'œuvre d'art », *RDP* 1990, p. 1407.

PUIG Pascal, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA* 2009, n° 46, p. 93, spéc. p. 98.

RANGEON François, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 » in *Le Préambule de la Constitution de 1946 Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 169 et s.

RAYNARD Jacques, « Les propriétés intellectuelles, un pluriel bien singulier », in *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p. 527.

REBOUL Yves, « Quelques réflexions sur l'œuvre collective », *Mélanges Mathély*, Litec, 1990, p. 297.

REINHARD Yves, « Les limites à l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux brevets d'invention », *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 561.

RENET Thierry, « Les nouveaux biens », in *La propriété*, Trav. Ass. H. Capitant, 2003, p. 271.

- « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTD Civ.* 2005, p. 164.
- « Existe-t-il un droit à la propriété commerciale ? », *RTD Civ.* 2005, p. 619.
- « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD Civ.* 2006, p. 791.
- « La propriété de la personnalité », *GP* 2006, doct., p. 1503.
- « Droit de l'associé en industrie d'obtenir, lors du partage de l'actif social, l'attribution de biens issus de son travail », *RTD Civ.* 2006, p. 589.

RIDDER Helmut, « La liberté de l'art selon la Loi Fondamentale ». Conférence prononcée le 16 septembre 1962 à Berlin à l'occasion du congrès de l'Internationale Gesellschaft für Urheberrecht. *International Gesellschaft für Urheberrecht* n° 29, p. 45.

RIVERO Jean et VEDEL Georges, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, p. 13.

RIGAUX François, « Introduction générale », n° spécial « Liberté d'expression », *RTDH* 1993, p. 8.

ROBIN Agnès, « L'action en justice des coauteurs d'une œuvre de collaboration », *Prop. Intell.* 2005, p. 323.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « L'impact de la réforme constitutionnelle sur les droits et libertés », *D.* 2008, p. 1866.

- « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », in Y. GAUDEMET (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon-Assas, 2008, p. 29.
- « L'impact de la réforme constitutionnelle sur les droits et libertés », *D.* 2008, p. 1866.

ROCHFELD Judith, « De la "fondamentalisation" des sources du droit des contrats », *RDC* 2003, p. 20.

- « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney. Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso, 2008, p. 835.

ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 252.

- « Distinction de l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD Civ.* 1952, p.161.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral », in *Etudes offertes à J. Lambert*, Cujas, 1975, p. 571.

SARDAIN Frédéric, « La création contributive sur Internet », *RLDI* 2008, n° 43.

SAVATIER, « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP* 1957, doctr., n°1398.

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux », *RTD eur.* 2008, p. 416.

SEGADO Francisco Fernandez, « La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits », *RFDC* 2006/3, n° 67, p. 451.

SENA Guiseppe, « La propriété intellectuelle en tant que droit fondamental » in *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe*, Bruylant, 1999, p.255 et s.

SERNA Marie, « Enjeux juridiques et judiciaires du documentaire audiovisuel », *D.* 2007, p. 1975.

SEUBE Jean-Baptiste, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », *LPA* 2009, n°46, p. 89.

SUDRE Frédéric, « Les obligations positives dans la jurisprudence des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.* 1995, p. 363.

SIIRINAINEN Fabrice, « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE* 2001, p. 423.

SIMON Denys, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007, p. 47.

STAVENHAGEN Rodolfo, « Les droits culturels : le point de vue des sciences sociales » in H. NIEC (Dir.), *Pour ou contre les droits culturels ?*, Editions UNESCO, 2000 p. 19.

STROWEL Alain et TULKENS Françoise, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, p. 9.

TAVERNIER Paul, « L'art et la Cour EDH », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2006, p. 1537.

TORREMANNS Paul, « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *Propr. Intell.* 2007, p. 173.

TREMEAU Jérôme, « Propriété – fondement constitutionnel du droit de propriété », *JCl. Civil Code*, art. 544, fasc. 20, 2009.

TREPPOZ Edouard, « La détermination du propriétaire du support de l'œuvre », *Comm. com. Electr.* 2006, n° 7, p. 13.

- « La *lex loci protectionis* et l'article 8 du règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1643.
- « Quelle protection juridique pour l'art contemporain ? », *RIDA* 2006, n° 209, p. 51.
- « La propriété intellectuelle et le droit au nom », in J.-M. BRUGUIERE (Dir.), *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, 2009, p. 93.
- « Droit européen de la propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2010, p. 939.

TRICOIRE Agnès, « Le réel et la fiction, ou le paradoxe du menteur », *Légipresse* 2002, III-192, p. 105.

- « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse* 2002, n° 196, II, p.148.
- « L'œuvre et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *D.* 2008, p. 57.

TRITSMAN Eline, « Warning ! You'll be shocked ! Dealing with offensive art : Erotic art and hate art in transatlantic Perspective », in *Art and Law*, die keure, 2008, p. 66.

ULMER Eugen, « Le droit de suite et sa réglementation dans la Convention de Berne », *Mélanges Desbois*, Dalloz, 1974, p. 89.

VOGEL Louis, « Droits de l'homme et droit de la concurrence », *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 443.

- « Pluralisme culturel et contrôle des structures », *Concurrence et consommation* 2001, n° 124, p. 26.

VERGNAUD, « Le droit de peintre sur son œuvre », *JCP* 1966, I, 1975.

VERDUSSEN Marc, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 1001.

VEDEL George, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 82.

VEGLERIS Phédon Th., « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la CEDH », *RTDH* 1968, vol. 1, p. 219.

VISSER'T HOOFT Hendrik Philip, « Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques », in *Arch. phil. dr.*, t. 24, *Les biens et les choses*, 1979, p. 87 et s.

VIVANT Michel, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 1993. I. 251.

- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.
- « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307, spéc. p. 319.
- « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, p. 61.
- « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 441.
- « Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? », *JCP E* 2011, p. 1560.

WACHSMANN Patrick, « Une certaine marge d'appréciation. Considération sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 1017.

WATRIN Florence, « Les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil », *Légipresse* 2006, n°230, p. 57.

WEIGEL, Grégoire, « Pluralisme anti-concentration et média global », *RLDI* 2008, p. 50.

YU Peter, « Reconceptualizing intellectual property interest in a human rights framework », *UC Davis Law Review*, 2006 vol. 40, 3, p. 1039.

ZATTARA-GROS Anne-Françoise, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », *LPA* 2009, n° 46, p. 32.

ZENATI Frédéric, « Pour une rénovation de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305.

- « L'immatérialité et les choses », *ADP* 1999, t. 43, p. 82.
- « Du droit de reproduire les biens », *D.* 2004, p. 962.

ZOLLINGER Alexandre, « La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH », *Légipresse* 2007, n° 245, III, p. 205.

- « Les bibliothèques numériques, ou comment concilier droit à la culture et droit d'auteur », *JCP E* 2007, 1784.

INDEX

A

Abus de droit : n° 124, 125, 297, 503, 683 et 716.
Accession mobilière : n° 507 et 634.
ADPIC : n° 434, 542, 589, 644, 670, 683, 692, 700, 705 et 706.
Affiches de film : n° 279 et 310.
Aides publiques : n° 152 à 156.
Animaux : n° 23, 222, 242, 263, 341 et 381.
Arbitrage : n° 567 à 569.
Autonomie personnelle : n° 228, 247, 249, 249, 250, 258, et 260.

B

Base de données : n° 329, 450, 460, 637 et 708.
Baise-moi (arrêt) : n° 308.
Barthe (Roland) : n° 89 et 362.
Bioéthique : n° 231, 235 et 241.
Body art : n° 238.
Bonnes mœurs : n° 248, 255, 298, 300, 306, 336, 502, 548, 669, 670, 671, 673, 676 et 677.
Branly (arrêt) : n° 287 et 290.
Brevet : n° 41, 138, 330, 408, 421, 442, 461, 426, 452, 474, 491, 486, 502, 518, 521, 542, 551, 552, 569, 579, 587, 619, 620, 623, 624, 633, 643, 644, 652, 670, 672, 693, 694, 697, 704, 709 et 732.

C

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : n° 44, 128, 147, 161, 231, 236, 257, 434, 514, 614 et 665.
Chilling effect : n° 219, 267 et 287.
Corps humain :

- **Limites aux droits fondamentaux** : n° 228 à 251, 258, 259, 263 et 264.
- **Instrumentalisation** : n° 58, 239, 240 et 258.

Concurrence déloyale : n° 289, 290, 291, 292, 448, 457, 733, 740, 742, 743 et 744.
Contrefaçon : 142, 273, 274, 457, 576, 578, 582, 584, 585, 588, 589, 599, 681, 724, 732, 737 et 743 à 749.
Copie : voy. liberté de copier.

Création :

- **Acte créatif** : n° 23 et s., 136, 221 et s. et 415 et s.
- **Bien créatif** : n° 171, 174, 216, 221, 274, 404, 407, 414, 423 et s., 430 et s., 544, 550, 557 et s., 611 et 0.
- **Choix créatifs** : n° 411, 454, 456, 459 et 460.
- **Lois du genre** : n° 19, 20, 117, 311 à 314, 337, 399 et 400.
- **Message créatif** : n° 74 à 101 et 216.
- **Notion** : n° 1, 2 et 3.
- **Plurale (ou collective)** : n° 23, 563, 566, 615 à 629 et 651.
- **Personne morale** : n° 472 à 484.
- **Prérogative du propriétaire** : n° 276.
- **Processus créatif** : n° 135, 174, 233, 317, 325 et 756.
- **Subordonnée** : n° 32, 489 à 492, 548 et 627 à 641.
- **Support** : n° 126, 145, 406, 523 et 556 et 560.
- **Travail créatif** : n° 415, 417, 419, 420, 421, 423, 424, 426, 429, 443, 467, 490, 493, 518 et 528.

Creative commons : n° 408, 574 et 654.

Créativité : n° 3, 22, 23, 25, 25, 29, 54, 72, 100, 122, 173, 218, 237, 241, 291, 403, 427, 454, 455, 460, 554 et 757.

D

Débat d'intérêt général : n° 96, 97, 313 et 373 à 398.

Décompilation : n° 277 et 730.

Défense nationale : 501, 506, 709 et 710.

Dessins et modèles : n° 79, 330, 452, 466, 476, 491, 494, 503, 539, 547, 548, 554, 579, 629, 633, 643, 671, 672, 693, 697 et 722.

Dignité : n° 17, 19, 117, 124, 147, 225, 226, 228, 235, 243, 245, 251 à 264, 299, 300, 304, 305, 307, 340, 349 et 356.

Divertissement : n° 7, 82, 385, 388 à 395 et 669.

Dogan c. Turquie (arrêt) : n° 441.

Domaine public : n° 292, 502, 537, 642, 643, 648 et 693 à 695.

Droit à l'image des biens : n° 273, 288 et 463.

Droit à l'image : n° 50, 54, 195, 281, 283, 288 et 463.

Droit à la culture : n° 140 à 149 et 662.

Droit à la vie privée : n° 54, 219, 267, 278, 309, 393 et 614.

Droit allemand : n° 11, 36, 38, 39, 40, 42, 52, 58, 83, 101, 352, 372, 389, 399 et 554.

Droit américain : n° 36, 37, 42, 59, 82, 111, 326, 362 et 363.

Droit au procès équitable : n° 12, 176 à 215 et 561 à 603.

Droit d'auteur : n° 41, 85, 148, 169, 223, 297, 328, 420, 434, 452, 454, 456, 458, 466, 474, 509, 518, 521, 539 à 547, 554, 567, 567, 583, 594, 610, 631, 633, 641, 644, 655, 656, 660, 661, 672, 673, 674, 684 et 693.

Droit de la personnalité : n° 135, 219, 435, 437 et 480.

Droit de propriété : n° 8, 22, 23, 27, 33, 266 à 277, 403 et s., 524 et s., 608 et s., 711 et s.

Droit espagnol : n° 57, 59 et 84.

Droit suisse : n° 83.

Droit vivant (doctrine) : n° 20.

Droit-créance : n° 140, 141, 142 et 144.

Droits fondamentaux (notion) : n° 10 à 19.

Droits moraux : n° 33, 53, 133 à 139, 435, 436, 437 et 446.

Droits voisins du droit d'auteur : n° 451, 487, 644, 657 et 693.

Durée du droit de propriété : n° 474, 537, 547, 550, 553, 642 à 648 et 693 à 695.

Dworkin : n° 18 et 19.

E

Ecole de Montpellier : n° 4.

Egalité : Voy. Non-discrimination.

Emotion : 39, 42, 45, 52, 82, 83 et 393.

Espérance légitime : n° 440.

Esthétique (théorie) : n° 3, 39, 87, 88, 90, 92 et 320.

Etat gabonais : n° 172 et 175.

Etre et avoir (affaire) : n° 428, 727.

Exception artistique : n° 73, 103 à 117 et 383.

Exception pour utilisation créative : n° 656 et 656.

Exceptions au droit d'auteur : n° 169, 277, 378, 353, 437, 507, 509, 512, 572, 657, 660, 727.

Expérimentation : n° 241, 242, 246, 313, 339, 340 et 341.

F

Facilités essentielles : n° 678, 700 et 701.

Fiction : n° 110, 198, 320, 346 à 356, 358 à 362, 367, 368 et 483.

Fondamentalisation : n° 13, 14, 15, 256, 412, 413, 414, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 445, 604, 606, 758 et 759.

Fonction essentielle : 121, 122, 123, 124, 126, 127, 330, 514, 517, 517, 521, 673, 674, 675 et 676.

Fonction sociale : n° 387 à 398 et 714 à 732.

Fonctionnaires : n° 393, 495 et 631.

Fonds de commerce : n° 427.

G

Goodman (Nelson) : n° 92.

Guino c. Renoir (Affaire) : n° 427 et 628.

H

Hadopi : n° 582, 585, 589 et 591 à 597.

I

Infotainment : voy. divertissement.

Intérêt général : n° 18, 91, 95, 96, 97, 100, 248, 294, 313, 343, 373 à 387, 507, 570, 609, 611, 665, 666, 667, 693 et 717.

Internet : n° 66, 142, 585, 594, 651, 654 et 655.

Interopérabilité : n° 277, 504, 508 et 663.

Investissement : n° 404, 445, 448, 452, 488, 637, 639, 722, 730 et 739.

J

Josserand : n° 321, 714 et 716.

Juste et préalable indemnité : n° 504, 504, 508, 509, 510, 512, 608, 612, 627, 640, 641, 665, 695 et 709.

L

Liberté contractuelle : n° 126, 131, 170 à 175, 248, 635, 654, 689, 696, 699 et 700.

Liberté d'expression : n° 7, 8, 35 à 62, 252 à 258 et 649 à 664.

Liberté d'opinion : n° 367 à 372.

Liberté de copier : n° 711, 712 et s.

Liberté de création : n° 23 à 402.

Liberté de l'art : n° 36 à 54, 83, 352, 395 et 397.

Liberté de l'historien : n° 20, 355 et 359.

Liberté de la science : n° 55 à 61 et 396.

Liberté du commerce et de l'industrie : n° 29, 34, 63, 64, 68, 70, 122, 216, 218, 291, 400, 424, 464, 563, 612, 625, 626, 627, 647, 649, 678, 685, 724, 742, 750, 751, 754 et 757.

Liberté humoristique : n° 76, 311, 353, 370 et 371.

Licence forcée : n° 512, 631, 632, 633, 689, 702, 707, 708 et 709.

Locke : n° 423 et 424.

Logiciel : n° 1, 403, 425, 454, 457, 492, 548, 631, 638, 639, 694, 708, 710 et 732.

Logiciel libre : voy. creative commons

Loi du genre : voy. création.

M

Magill (affaire) : n° 701, 702, 723.

Manga (affaire) : n° 302.

Marge nationale d'appréciation : n° 97, 166, 167, 168, 256, 298 et 666.

Marie Claire (affaire) : n° 456.

Marque (droit de) : n° 273, 288, 310, 330, 353, 378, 393, 434, 457, 466, 518, 547, 548, 552, 555, 610, 616, 633, 647, 653, 671, 672, 675, 684, 688, 692, 693, 704, 708, 722, 727, 736, 737 et 739.

Médicaments : n° 241, 408, 608, 648 693, 704 et 708.

Mineurs : n° 110, 124, 255, 295, 296, 298, 301, 302, 305, 306 et 338.

Misérables (affaire) : n° 53 et 219.

Mobile : n° 313 à 341, 342 et s. et 387.

Müller c. Suisse (Affaire) : n° 46, 384 et 388.

N

Non-discrimination : n° 526, 529, 531, 532, 539, 542 et 560.

Nouveauté (critère) : n° 71, 79, 138, 427, 452, 460, 548 et 702.

Nouvelle Eve (Affaire) : n° 459.

Noyau dur : n° 102, 119 à 128, 225, 226, 227, 228, 246, 247, 249, 252, 257, 261, 264, 268, 391, 513 et s., 517 et s. 608, 664, 684, 689, 690, 692, 694, 700, 718 et 735.

O

Objet spécifique : n° 517, 521, 553, 684, 687, 689, 691, 692, 693 et 723.

Obligations positives : n° 131, 150 et s., 164.

Obtention végétale : n° 421, 707 et 751.

Œuvre orpheline : n° 575.
Opinion intradiégétique : n° 368.
Ordre public : n° 294, 310, 668 et 677.
Our Body (affaire) : n° 219 et 244.

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques : n° 297 et 340.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : n° 42, 70, 148 et 434.
Parasitisme : Voy. concurrence déloyale.
Patent trolls : n° 732.
Personne morale (créateur) : n° 472 à 483.
Pluralisme : n° 44, 95, 96, 99, 126, 128, 151, 157 à 164 et 210.
Police administrative : n° 213, 214 et 215.
Pornographie : n° 43, 300 et 304.
Positivisme : n° 11, 12 et 271.
Poupée vaudou (affaire) : n° 263, 264 et 360.
Précision (de la loi) : n° 12, 18, 145, 155, 166, 190, 194, 273, 287, 288, 292, 301, 303, 304, 305, 307 et 636.
Promusicae (arrêt) : n° 584.
Proportionnalité (test de) : n° 18, 117, 124, 125, 127, 171, 173, 184, 196, 213, 266, 311, 334, 335, 340, 342, 352, 369 à 379, 398, 400, 584, 609, 665, 711 et s. et 723 et s.

Q

QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) : n° 11, 165 et 212.
Qualité de la loi : n° 16 et 203.

R

Ready made : n° 71, 243, 312, 323 et 344.
Réalité : cf. Fiction
Référé : voy. procès équitable.
Régime répressif et régime préventif : n° 128, 129, 181 et 184.
Réification : n° 238, 239, 240.
Renard des grèves (affaire) : n° 366.
Réservations (droit sur les) : n° 518, 520, 722, 735, 739, 749 et 751.
Responsabilité civile : voy. concurrence déloyale.
Risque de confusion : n° 353, 733 à 750.

S

Santé publique : n° 309, 310 et 704 à 708.

Satire : voy. liberté humoristique.

Schumpeter : n° 22 et 756.

Sécurité juridique : n° 267, 287, 308, 371, 395, 583, 623, 636 et 718.

Société de gestion collective : n° 573, 574, 575, 578 et 579.

Standards : n° 18, 19, 20, 155, 254, 267, 296, 591, 675, 718 et 756.

Subordination : voy. création subordonnée.

T

Territorialité (principe de) : n° 529 et 541.

Têtes maories (affaire) : n° 243.

Théorie de la réception : n° 362.

Tod's (arrêt) : n° 539 et 540.

Triple test (test en trois étapes) : n° 726.

U

Unité de l'art (principe) : n° 466 et 539.

Unité des propriétés intellectuelles : n° 555 et 754.

V

Venus Hottentote (affaire) : n° 243.

Vérité : voy. fiction.

W

Work made for hire : n° 494.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	7
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
PARTIE I – L’ACTE CRÉATIF	31
Titre 1 – L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉER	33
Chapitre 1 – La liberté de créer	35
Section 1 – L’existence de la liberté de créer	36
§ 1 – L’attraction de la liberté d’expression	38
I – La liberté de l’art	39
A – En droit comparé	39
B – En droit français	42
II – La liberté de la science	50
A – En droit comparé	51
B – En droit français	52
§ 2 – L’attraction de la liberté du commerce et de l’industrie	54
I – La dimension économique	54
A – La liberté d’entreprendre une création	55
B – La liberté d’exploiter la création	56
II – L’unité des activités créatives	57
Section 2 – L’exercice de la liberté de créer	58
§ 1 – Les caractéristiques du message créatif	58
I – Une expression de forme	59
II – Une expression non informative	63
§ 2 – La relativité de la liberté de création	72
I – L’exception artistique	72
A – Présentation de l’exception artistique	73
B – Inconvénients de l’exception artistique	79
II – Le noyau dur de la liberté de création	79
A – L’identification du noyau dur	80
B – Les techniques de préservation du noyau dur	82
Chapitre 2 – L’effectivité de la liberté de créer	85
Section 1 – L’effectivité substantielle	85
§ 1 – La technique des droits subjectifs	85
I – Le droit de divulgation	86
II – Le droit à la culture	88
§ 2 – La technique des obligations positives	94
I – Les aides publiques	95
II – Le droit au pluralisme	97
III – Les moyens d’accroître l’effectivité	102
§ 3 – La limitation de la liberté contractuelle du créateur	104
I – Les engagements portant sur une création	104
II – Les engagements portant sur le futur bien créatif	106
Section 2 – L’effectivité procédurale	107
§ 1 – Une exigence de célérité	108
I – La célérité comme justification des atteintes à la liberté de création	108
A – Une justification du régime préventif	108
B – Une suspension des droits fondamentaux	110
II – La prévisibilité comme garantie de la célérité	111
A – La prévisibilité des mesures limitatives de la liberté cinématographique	111
B – La prévisibilité des cas d’ouverture des référés	112
C – La prévisibilité des exigences procédurales	115
§ 2 – Une exigence de sécurité : la légalité des procédures d’urgence en question	116
I – Le défaut de prévision légale des procédures de référé de droit commun	117
A – Les justifications apparentes de la compétence réglementaire	118
B – La fondamentalité de la compétence réglementaire en question	120
II – L’absence de légalité des pouvoirs de police généraux et spéciaux	122

Conclusion du Titre 1	124
Titre 2 – LA LIMITATION DE LA LIBERTÉ DE CRÉER	125
Chapitre 1 – La légitimité des restrictions	127
Section 1 – Les droits fondamentaux intangibles : les matériaux interdits	128
§ 1 – Le noyau dur des droits fondamentaux	129
I – Le corps humain et le cadavre	130
A – Position du problème	130
B – La prohibition de créer	133
II – L'autonomie personnelle	138
A – Position du problème	138
B – Le rôle du consentement	140
§ 2 – La protection de la dignité	140
I – L'usage indigne d'une chose	141
A – Une limitation de la liberté de créer	141
B – Une limite absolue	145
II – Un élargissement du champ de la création licite	146
Section 2 – Les droits fondamentaux relatifs : les matériaux conditionnels	147
§ 1 – Les droits fondamentaux d'autrui	149
I – Le droit de propriété	150
II – Le droit au respect de la vie privée et la protection des sentiments religieux	153
III – Les mécanismes de responsabilité civile délictuelle	157
A – La légitimité de la responsabilité délictuelle du créateur	157
B – L'applicabilité de la responsabilité délictuelle au créateur	160
§ 2 – La protection de l'ordre public	163
I – La moralité publique	164
A – L'ordre public	164
B – La protection des mineurs	166
II – La santé publique	170
Chapitre 2 – La proportionnalité des restrictions	173
Section 1 – Le mobile créatif	174
§ 1 – Le principe d'indifférence du mobile créatif	174
I – Les éléments moraux de la création	174
A – La volonté et l'intention créatrice	175
B – Le mobile créatif	177
II – Les manifestations de l'indifférence	179
A – Lors de la sanction des abus de la liberté de création	179
B – Lors de la naissance du droit de propriété sur la création	180
§ 2 – La mise en œuvre du mobile créatif	183
I – Les manifestations du mobile créatif	183
A – Le mobile artistique	183
B – Le mobile scientifique	186
II – Vers la généralisation du mobile créatif ?	187
Section 2 – La distanciation créative	188
§ 1 – La définition de la fiction	189
I – Un rapport au réel	189
A – Une distance consciente du réel	189
B – Un rapport référentiel	191
II – Les autres genres de discours	193
§ 2 – Les effets de la fiction	196
I – La création d'une situation fictive	196
II – L'expression d'une opinion	201
Section 3 – Le débat d'intérêt général	205
§ 1 – Une application généralisée	205
I – Le critère du débat d'intérêt général	206
A – Un large domaine d'application	206
B – Une définition ambiguë	209
II – L'application à la liberté de création	212
§ 2 – La fonction sociale de la liberté de création	214
I – Une fonction divertissante	214
II – Une fonction cognitive	219

Conclusion du Titre 2	220
Conclusion de la Partie I	221
PARTIE II – LE BIEN CRÉATIF	223
Titre 1 – L’AFFIRMATION DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN CRÉATIF	227
Chapitre 1 – Le droit de propriété du bien créatif	229
Section 1 – L’existence du droit	230
§ 1 – L’acte créatif : origine de la propriété	230
I – Un mode classique d’acquisition de la propriété	231
II – Un mode original d’acquisition de la propriété	233
§ 2 – Le bien créatif : objet de la propriété	240
I – La propriété au sens des droits fondamentaux	241
A – La fundamentalité descendante	241
B – La fundamentalité ascendante	246
II – Les conséquences de la fundamentalisation de propriété du bien créatif	248
A – L’objectivation des conditions d’accès à la propriété	249
B – Des biens créatifs hors du CPI ?	255
Section 2 – L’exercice du droit	258
§ 1 – Les titulaires du droit de propriété sur la création	258
I – La propriété des personnes morales	260
A – Position du problème	260
B – Solution du problème	262
II – La création dirigée	264
A – Position du problème	265
B – Solutions apportées	266
1 – La propriété du créateur dirigé	266
2 – La propriété d’emprunt du créateur dirigeant	267
§ 2 – La relativité du droit de propriété sur la création	270
I – Les modalités de limitation	270
A – La privation de la propriété sur le bien créatif	271
1 – Les hypothèses de privation	271
2 – L’exigence de juste et préalable indemnité	272
B – La réglementation de la propriété sur le bien créatif	275
II – Le noyau dur du droit de propriété sur la création	277
A – La notion de noyau dur	277
B – L’identification du noyau dur	279
Chapitre 2 – L’effectivité du droit de propriété du bien créatif	283
Section 1 – L’effectivité substantielle	283
§ 1 – Les inégalités entre les créateurs	285
I – L’égalité dans l’ordre européen	285
A – Les discriminations directes	286
B – Les discriminations indirectes	287
II – L’égalité dans l’ordre international	291
§ 2 – Les inégalités entre les biens créatifs	292
I – Les inégalités fondées sur les fonctions des biens créatifs	293
A – Les fonctions sociales	293
B – Une justification à remettre en cause	296
II – Les inégalités fondées sur la nature du support	297
Section 2 – L’effectivité procédurale	301
§ 1 – Le droit au juge	301
I – Les titulaires du droit	301
II – Le droit au juge des non-titulaires de droit	306
A – L’action au nom de l’intérêt d’autrui	307
B – L’action au nom de l’intérêt collectif	311
C – Le droit au juge des cessionnaires de droits	311
§ 2 – Le droit à un procès équitable	313
I – Dans les procédures ordinaires	313
II – Dans les procédures hors procès	318
A – Le droit au procès équitable dans les procédures de la Hadopi	319
B – Le droit au procès équitable et les sociétés de gestion collective	323

Conclusion du Titre 1	325
Titre 2 – LA LIMITATION DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN CRÉATIF	329
Chapitre 1 – La légitimité des restrictions	331
Section 1 – Les droits fondamentaux d’autrui	332
§ 1 – La liberté du commerce et de l’industrie	332
I – La création plurale	333
A – Les hypothèses de restriction	333
B – La liberté d’entreprendre comme justification	335
II – La création subordonnée	338
A – Les hypothèses de restriction	339
B – La liberté d’entreprendre comme justification	342
C – La nécessité d’une juste et préalable indemnité	344
III – Le domaine public	346
A – Position du problème	346
B – La liberté du commerce et de l’industrie comme justification	347
§ 2 – La liberté d’expression	348
I – Les restrictions en faveur des créateurs	349
A – La liberté de création	349
B – Une exception pour « utilisation créative »	351
II – Les restrictions en faveur du public	353
A – Le droit du public à l’information	353
B – Le droit du public d’accéder aux créations	354
Section 2 – La protection de l’intérêt général	356
§ 1 – L’ordre public et les bonnes mœurs	358
I – Un obstacle au droit de propriété sur le bien créatif	358
A – Un obstacle aux droits de propriété industrielle	359
B – Une indifférence en matière de droit d’auteur	360
II – Une légitimité incertaine	361
§ 2 – Le marché	363
I – La légitimité des restrictions	364
A – La liberté de circulation	364
B – La liberté de la concurrence	366
II – Les restrictions du droit de propriété	368
A – La modulation du noyau dur	368
1 – L’épuisement du droit de propriété	368
2 – La limitation de la durée du droit de propriété	370
B – La limitation de la liberté contractuelle	372
1 – Les accords prohibés	372
2 – Les licences forcées	373
§ 3 – Les intérêts nationaux	376
I – La santé publique	376
II – La défense nationale	378
Chapitre 2 – La proportionnalité des restrictions	381
Section 1 – Les fonctions sociales	382
§ 1 – Un instrument de proportionnalité	383
§ 2 – La mise en œuvre des fonctions sociales	385
I – La rémunération de l’effort créateur	386
II – L’incitation à la création	390
Section 2 – Le risque de confusion	392
§ 1 – Un critère applicable aux réservations	393
§ 2 – Un critère applicable aux créations ?	395
I – Un critère de la concurrence déloyale	396
II – Un critère de l’action en contrefaçon ?	398
Conclusion du Titre 2	401
Conclusion de la Partie II	402
CONCLUSION GÉNÉRALE	405
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	409
I – Ouvrages généraux : Traités, manuels et cours	409
II – Ouvrages spéciaux : Thèses et monographies	412

III – Ouvrages collectifs : Mélanges, encyclopédies, dictionnaires, actes, lexiques	418
IV – Autres ouvrages : philosophie, sociologie, économie, psychologie, gestion	420
V – Documents et rapports officiels	422
VI – Articles, chroniques et notes	422
INDEX	435
TABLE DES MATIÈRES	443

Création et droits fondamentaux

Résumé : L'approche juridique de la notion de création est confuse. Elle est traditionnellement envisagée à travers les droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevet, dessins et modèles, etc.). Mais cette approche est insuffisante. Les droits fondamentaux permettent de s'en apercevoir. En effet, la création constitue à la fois une activité humaine (un acte créatif) et un objet de propriété (un bien créatif).

L'acte créatif est garanti par la liberté de création. La nature de cette dernière demeure toutefois incertaine. Elle oscille entre un rattachement à la liberté d'expression ou à la liberté du commerce et de l'industrie. De plus, le test de proportionnalité conduit à examiner les limites de la liberté de création à l'aune des « lois du genre créatif ». Les droits fondamentaux invitent alors à dépasser la conception de l'acte créatif compris comme un message.

Le bien créatif est protégé par le droit de propriété. Les droits fondamentaux conduisent cependant à remettre en cause la conception française des biens créatifs en soulignant davantage leur dimension économique. De plus, le test de proportionnalité implique de redessiner les limites du droit de propriété en tenant compte de ses fonctions sociales. En définitive, les droits fondamentaux brouillent la frontière entre le droit de propriété et le droit de la concurrence déloyale.

Mots-clés : Propriété intellectuelle, droit de la presse, droits fondamentaux, droits de l'homme, liberté de création, liberté d'expression, liberté du commerce et de l'industrie, droit de propriété, travail créatif, acte créatif, bien créatif, lois du genre créatif, standard, test de proportionnalité, droit du procès équitable, droit à l'égalité.

Creation and fundamental rights

Summary: The legal approach to the notion of creation is vague. It is traditionally considered in the light of intellectual property rights (copyright, patent, design, etc.), but this approach is insufficient. Fundamental rights show us this. They let us distinguish between its different dimensions: creation as both a human activity (a creative act) and an object of property (a creative good).

The freedom of creation protects and ensures the creative act. However, the nature of the former remains unclear. It fluctuates between falling within the freedom of expression and the freedom to conduct a business. Furthermore, the proportionality test leads to the limits of creative freedom being examined in terms of “laws of the creative type”. Fundamental rights then require us to go beyond the concept of the creative act as a message.

The creative good is protected by property law. Fundamental rights, however, bring into question the French concept of a creative good by further emphasising their economic aspect. Moreover, the proportionality test means retracing the boundaries of property law by taking into account its social functions. Fundamental rights therefore blur the line between property law and unfair competition law.

Keywords: Intellectual property, freedom of creation, freedom of speech, freedom to conduct a business, fundamental rights, human rights, property law, freedom of the arts and sciences, creative act, creative good, laws of a creative type, standard, proportionality test, fair trial, right to equality.