

## L'originalité d'une œuvre de l'esprit – Regards sur la conception subjective de la condition clef du droit d'auteur (partie 1)

Jean – Marc FOUILLAND

Avocat au barreau de Lyon

\*\*\*\*\*

Le concept d'originalité, condition d'application clef du droit d'auteur, repose sur un paradoxe juridique et historique très surprenant: Aucun texte de loi Français ne l'a clairement admis, alors que la jurisprudence et la doctrine l'ont consacré et appliqué scrupuleusement à travers les années.

D'un point de vue classique, l'originalité peut être définie comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, marquée et attachée à une œuvre de l'esprit. En quelques sortes le lien invisible et pourtant « paternel » qui unit un homme à sa création.

Mais, l'empreinte de la personnalité de l'auteur, conception subjective offrant une marge de manœuvre pour les juridictions, est aujourd'hui concurrencée par une approche en apparence plus matérielle, plus simple, en un mot plus objective, qui se résumerait à l'apport intellectuel de l'auteur.

Distinction subtile? Affaire de degré? Sans aucun doute, mais l'élargissement du champs de protection offert par le droit d'auteur à des créations techniques telles que les logiciels et bases de données a rendu obsolète le vieux critère qui marquait quand à lui une époque attachée aux beaux arts et belles lettres.

Celui-ci en est-il pour autant devenu inutile? La réponse est non. Bien au contraire.

Appréhender la condition d'originalité subjective, c'est d'abord comprendre sa genèse. C'est ensuite tenter d'expliciter ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas. Aussi, un rappel historique est-il indispensable (I) avant d'entrer dans le détail (II) d'une condition à

géométrie variable qui a et fera encore couler de l'encre.

### I – Genèse de l'originalité : De Beaumarchais à Desbois

Comment a-t-on pu en arriver à une condition d'application d'une législation ne figurant pas dans celle-ci ?

La réponse est à chercher dans l'histoire du droit d'auteur. Or, un rapide examen de cette histoire montre que l'originalité ne s'est pas imposée du jour au lendemain, mais résulte d'une lente maturation, soutenue par un effet de mode juridique visant à la protection morale des auteurs de « *Beaux Arts et Belles Lettres* ». L'originalité aura mis presque 200 ans à s'imposer dans les esprits, passant de la période d'ignorance la plus totale (A) à sa découverte dans les années 1900, pour enfin triompher en doctrine (B). A partir de là, l'originalité vécut un petit âge d'or (C) avant de connaître l'incertitude dont elle n'est toujours pas sortie (D).

### A – De la révolution française à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle : L'absence d'originalité

Paris, 3 juillet 1777, Pierre-Auguste Caron de Beaumarchais réunit 22 auteurs en son hôtel de Hollande. Leur objectif : En finir avec la suprématie de

la toute puissante Comédie Française, soutenue par le roi et la grande bourgeoisie parisienne. La colère gronde parmi les convives qui se constituent en un Bureau de la Législation Dramatique, destiné à revendiquer une législation claire et juste sur leur droit d'auteur. Le premier collectif d'auteurs était né.

A la veille de la révolution française, l'enjeu était de taille. Depuis trop longtemps, les acteurs de la Comédie Française détenaient un monopole sur les tragédies et comédies. Protégée par le roi, cette corporation pouvait contraindre les auteurs isolés à céder leurs droits s'ils voulaient être joués<sup>1</sup>. Le salut ne pouvait venir que de la création d'un collectif d'auteurs. Beaumarchais et ses compagnons l'avaient bien compris, et ils prirent soin d'inviter un maximum d'auteurs à les rejoindre.

Petit à petit, le collectif se transforma en groupe de pression. Le dénouement était proche.

Une première reconnaissance officielle intervint sous la forme d'un arrêt édité par Louis XVI le 9 décembre 1780<sup>2</sup>. Mais cela ne suffisait pas. Les auteurs sentaient que seul un texte de loi pourrait les rétablir dans leurs droits.

Le 24 août 1790, une délégation d'auteurs dramatiques, soutenue par les députés Mirabeau et Robespierre, demanda solennellement à la Constituante de légiférer. Mais il faudra attendre l'adoption de la loi du 19-21 juillet 1793 pour que la République se dote enfin d'un véritable droit d'auteur.

Les droits d'auteurs étaient donc apparus officiellement, mais il n'y est nullement fait référence à une quelconque exigence d'originalité. En fait, les textes de 1793 ne posent pas de condition spécifique pour l'accès au droit d'auteur.

C'est le premier paradoxe législatif entourant l'originalité en droit d'auteur.

Par la suite, et jusqu'à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, les formules employées tant en doctrine qu'en jurisprudence pour admettre ou écarter l'application du droit d'auteur ne font pratiquement aucune référence à une quelconque exigence d'originalité.

Pour les tribunaux de l'époque, la question qui se posait était de savoir si une œuvre constituait ou non une propriété protégée par la loi de 1793. Pour ce faire, les juges se basaient sur un faisceau d'indices

---

**1** « Ils osaient tout contre les auteurs, parce qu'ils se sentaient protégés et agissaient contre des gens isolés, dispersés, sans réunion, sans force et sans appui » P. A Caron de Beaumarchais, cité par Thomas Paris, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition 2002, p. 81.

**2** Parmi les mesures édictées par le roi, on peut relever la détermination de l'assiette pour le calcul des droits d'auteur, ainsi que l'interdiction d'achat d'une pièce au forfait.

parmi lesquels pouvaient figurer le « *cachet d'un travail personnel* ». Le même raisonnement se retrouvait en doctrine, les auteurs ne s'intéressant vraiment qu'aux objets sur lesquels pourrait porter le droit d'auteur. En d'autres termes, le 19<sup>ème</sup> siècle s'est écoulé sans que les juristes n'aient vraiment besoin d'instaurer une condition d'application clef du droit d'auteur<sup>3</sup>. Seul l'objet à protéger importait vraiment.

A partir des années 1890, l'originalité commence à s'affirmer en jurisprudence. Ce sont certes des débuts timides, mais un certain effet boule de neige s'empare de la matière. Les magistrats emploient un peu plus fréquemment la notion d'originalité, sans forcément en faire la clef de voûte du droit d'auteur. Le plus souvent, les juges emploient des termes et des expressions qui semblent tourner autour du concept contemporain d'originalité, mais sans en faire une condition.

Malheureusement, le législateur ne donnera aucune suite à ce petit progrès, et la réforme de 1902 restera muette sur l'originalité. Le problème n'avait-il pas été perçu ? Ou a-t-il été jugé inutile en raison du travail des tribunaux ? Il semblerait que le problème n'ait pas été perçu, car la doctrine de l'époque n'a pas non plus relevé le changement qui commençait à s'opérer.

## B – De la fin du 19<sup>ème</sup> aux années 1950 : La découverte de l'originalité

C'est à partir des années 1900 que le phénomène de mise en avant d'une condition d'application clef du droit d'auteur représentée par l'originalité va prendre de l'ampleur. Le nombre de décisions impliquant l'originalité ne cessera d'augmenter pour atteindre un véritable record. Plusieurs hypothèses peuvent expliquer un tel phénomène.

Le fameux siècle du romantisme était peut-être achevé, mais son empreinte avait fortement marqué les esprits. L'auteur, dans sa toute puissance créatrice, avait été admiré, respecté et honoré. Petit à petit, l'idée du prolongement naturel de la personne de l'auteur dans son œuvre s'imposa. L'idée d'un droit moral unissant l'auteur à sa création germa rapidement dans l'esprit des juristes. Les tribunaux, qui cherchaient justement à développer une certaine protection des intérêts non patrimoniaux des auteurs s'engouffrèrent dans la brèche. Le lien auteur-crédation

---

**3** « Pour se résumer, en un siècle, sur 240 décisions, 14 seulement ont véritablement utilisé le terme « originalité » pour qualifier l'exigence fondamentale exigée pour l'application du droit d'auteur, soit 5% (...) Ainsi, pendant le siècle qui suit l'entrée en vigueur de la loi de 1793, l'expression « œuvre originale » n'est guère utilisée, et lorsqu'elle l'est, c'est habituellement à propos d'une œuvre dans laquelle le travail de l'esprit a été de peu d'importance. Un peu comme si la force du mot venait suppléer la faiblesse de la chose ». Olivier Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : Originalité ou création*, PUAM 1999.

devint un véritable phénomène de mode qui attendait une consécration juridique. Dès lors, ce « *cordon ombilical* » devait se manifester dans un premier temps comme condition d'accès au droit d'auteur. Mais, à l'époque, ce n'était pas véritablement un problème, car la protection n'était réservée qu'aux « *Beaux Arts et Belles Lettres* » qui par leur nature même comportent un fort lien sentimental avec leur créateur.

Paradoxalement, c'est peut-être la multiplication de procès relatifs à certains biens pour lesquels la protection par le droit d'auteur n'allait pas de soi, qui a focalisé l'attention sur la nécessité d'une condition d'originalité.

Il est fort probable que la protection d'un annuaire téléphonique ou d'un almanach ait fait couler beaucoup d'encre dans les milieux juridiques, mettant ainsi en valeur la faille du système. Autrement dit, les mentalités de l'époque, pleines d'idées romantiques ne pouvaient que s'alarmer que leur droit d'auteur révolutionnaire en arrive à protéger des créations fantaisistes, sans rapport aucun avec les fameux « *Beaux Arts et Belles Lettres* ».

Il fallait réagir, et l'originalité est peut-être le produit de cette réaction défensive. En outre, l'impossibilité pour le juge de se référer au mérite de l'œuvre<sup>4</sup> l'a naturellement entraîné vers l'originalité. Et cela est tout à fait logique. Le magistrat de l'époque ne pouvait pas refuser la protection d'un annuaire sur le fondement du mérite, mais d'un autre côté, il ne pouvait pas non plus se résoudre à l'accorder, la solution passait donc par un critère suffisamment discriminant et obscur pour aboutir à ce résultat.

Le fruit semblait donc mûr, mais il fallait encore le cueillir. Comme à l'accoutumée, les différents projets de réforme des textes révolutionnaires de 1936 et 1947 restèrent muets sur la question de l'originalité. La consécration en jurisprudence était déjà faite, mais il fallait encore attendre une véritable mise à plat, et celle-ci ne semblait pouvoir venir que de la doctrine.

C'est ainsi que la première systématisation de la condition d'originalité apparut chez Desbois, dans un traité publié pour la première fois en 1950. Le fameux lien entre l'œuvre et la personnalité de l'auteur était enfin clairement exposé. Par la suite, la doctrine contemporaine reprit l'originalité, approfondissant les analyses de Desbois, notamment en ce qui concerne la sœur jumelle de l'originalité : la nouveauté.

L'originalité était enfin reconnue et pouvait être appliquée au grand jour. La condition semblait aller de soi, et le législateur s'accommoda parfaitement de cette situation. L'originalité quittait l'obscurité dans laquelle elle baignait depuis le début du siècle pour enfin sortir au grand jour.

---

<sup>4</sup> Expressément interdit par la loi de 1902.

## C – De la découverte à la crise : L'âge d'or de l'originalité

A partir des écrits de Desbois, l'originalité devint nettement la condition d'accès incontournable du droit d'auteur. La notion commença à fleurir en doctrine.

D'un autre côté, les tribunaux ont consacré l'originalité, et l'emploient presque systématiquement. La condition connaissait là un véritable âge d'or. Il ne manquait plus qu'une reconnaissance officielle du législateur pour que s'achève une évolution de presque deux siècles.

A ce titre, la loi du 11 mars 1957 était attendue avec impatience. Mais ce fut une déception. La condition d'originalité semblait aller de soi, et n'avoir aucun besoin de législation<sup>5</sup>. Ainsi, lors des travaux parlementaires de la loi, fut retiré un amendement tendant à assortir l'expression « *ouvrages plastiques* » du qualificatif « *originaux* » au motif que la condition s'imposait d'elle-même et devait être sous-entendue.

L'évidence semblait donc être le maître mot en la matière. Mais si l'originalité pouvait encore se passer d'une définition dans les textes, l'harmonie était loin de régner en la matière.

La consécration de l'originalité arrivait un peu tard. Entre la fin de la guerre et le début des années 1960, les « *Beaux Arts et Belles Lettres* » s'étaient effacés des esprits, au profit d'un renouveau culturel, artistique et musical. Petit à petit, le fondement « *romantique* » de l'empreinte de la personnalité de l'auteur s'étiolait.

Les magistrats, par commodité ou par désarroi commencèrent à employer des notions voisines telles que la nouveauté ou la création, sans bien prendre la mesure de cette dispersion. Puis, les créations sans intérêt, connues sous le sobriquet de « *petite monnaie* » se firent de plus en plus nombreuses. Le droit d'auteur commençait à saturer et à perdre son âme. Mais, tant que les « *dérives* » ne concernaient que ces petites créations, l'on pouvait encore feindre de l'ignorer. Le droit d'auteur avait été transformé, mais il pouvait encore continuer.

Malheureusement, cet âge d'or de l'originalité allait connaître une fin brutale lorsque les logiciels firent une percée en droit d'auteur. Démarrant alors l'incertitude sur la notion d'originalité.

## D – Le temps de l'incertitude

L'originalité était déjà fragilisée par la protection des compilations utilitaires lorsque le délicat problème de

---

<sup>5</sup> La loi du 11 mars 1957 fait pourtant mention de l'originalité, mais cette exigence n'apparaît qu'au détour d'une disposition concernant les titres.

la protection des logiciels vint à se poser au début des années 1980.

L'ancien critère subjectif d'empreinte de la personnalité de l'auteur était dépassé par des créations semblant dénuées d'une telle empreinte, faites pour communiquer avec des machines. Economiquement parlant, l'arrivée en force des logiciels représentait un enjeu capital qu'il fallait protéger par tous moyens possibles. Or, le droit d'auteur, à l'exact opposé de la philosophie mercantile de protection d'un investissement, fut désigné le plus naturellement du monde, car sa condition d'accès, non expressément posée par la loi pouvait être aisément manipulée. Autrement dit, le droit d'auteur allait être contraint d'ouvrir ses portes à des créations sans aucun rapport avec les œuvres de l'esprit qu'il accueillait auparavant.

Restait à concrétiser cela par une solution juridique. Ce sera chose faite en 1986 lorsque la Cour de Cassation avancera une nouvelle définition de l'originalité, beaucoup plus axée sur un aspect objectif. La recherche de la personnalité de l'auteur s'effaçait au profit d'une recherche plus simple d'antériorité. L'influence du droit des brevets était indéniable, mais le droit d'auteur n'était pas prêt pour ce rapprochement.

L'arrivée des logiciels fut un premier coup sévère porté au droit d'auteur, malheureusement, il fut suivi d'un second. Après les logiciels, les bases de données firent leur apparition, et comme de bien entendu, le même schéma se reproduisit<sup>6</sup>. Entre temps, la Communauté Européenne était venue apporter sa pierre à l'édifice. En peu de temps, deux directives sur la protection des logiciels et bases de données tombèrent, chacune proposant une définition de l'originalité. L'objectif étant d'harmoniser les législations européennes, les directives prétendaient instaurer une condition d'originalité axée sur un critère plus objectif que subjectif.

La fin du vieux droit d'auteur protecteur des « *Beaux Arts et Belles Lettres* » semblait annoncée, mais, contre toute attente, la France transposa la directive d'une manière plus que singulière, estimant le droit français conforme aux attentes de la Communauté !

La France s'en tirait ainsi à bon compte, se contentant d'ajouter les logiciels et bases de données dans la liste des œuvres protégeables par le droit d'auteur. Finalement, le législateur venait de laisser passer deux occasions d'en finir avec les turpitudes de l'originalité. Celle-ci demeurait encore officiellement synonyme d'empreinte de la personnalité de l'auteur, tout en étant à côté synonyme de nouveauté.

---

<sup>6</sup> « *Les mêmes causes produisent les mêmes effets, c'est l'admission du logiciel dans le droit d'auteur qui a provoqué la remise en cause de la notion* » André Lucas et Pierre Sirinelli, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP 1993, I, 3681.

Depuis ce temps, l'originalité vit une difficulté existentielle. Les tribunaux oscillent entre empreinte de la personnalité de l'auteur et nouveauté. La doctrine elle-même s'interroge sur la question, sans vraiment pouvoir y répondre, car au fond, l'originalité reste une notion pratiquement incernable.

Les créations utilitaires deviennent de plus en plus nombreuses. Le droit d'auteur lui-même a perdu son âme, influencé par l'industrie culturelle des pays de « *Copyright* ».

Pourtant, l'originalité subjective résiste encore, et semble même reprendre le dessus. Il est indéniable que le vieux critère d'empreinte de la personnalité de l'auteur est devenu inadapté pour les créations modernes, mais d'un autre côté, l'objectivation du critère n'obtient pas les résultats attendus. En d'autres termes, la discorde est loin de s'éteindre.

Mais il est à présent temps de s'intéresser à l'approche classique de l'originalité et à cette empreinte de la personnalité de l'auteur qu'elle vise à mettre en lumière.

## II – Le critère classique d'originalité subjective

La conception classique de l'originalité n'a jamais eu pour autre but que celui de protéger des créations de forme dans lesquelles la personnalité des auteurs apparaissait en filigrane. Parant alors au silence des textes, la doctrine et la jurisprudence donnèrent à l'originalité ses lettres de noblesses, faisant d'elle un véritable critère subjectif, respectant le lien inaltérable entre un auteur et sa création si cher au droit français. Paradoxalement, alors qu'à l'origine le critère cherchait à protéger les « *Beaux Arts* », il n'a jamais rempli le rôle de vérificateur d'activité créatrice pour les auteurs. Autrement dit, il n'existe pas d'échelle d'originalité et une œuvre ne peut pas être plus ou moins originale qu'une autre (A).

C'est peut être ce caractère si particulier qui est à l'origine de la crise de l'originalité. Placés devant des œuvres pour lesquelles le reflet de la personnalité de leur auteur ne va pas de soi, les magistrats furent dans l'obligation de caractériser l'originalité en ayant recours à des concepts alternatifs. C'est ainsi que le concept de nouveauté, voisine de l'originalité, a fait son apparition (B).

## A - La conception classique de l'originalité

Implicitement appliquée depuis la loi de 1793, l'originalité n'est véritablement apparue au grand jour que sous la plume de Desbois, plus d'un siècle après. Il s'agissait alors de donner une définition de cette étrange condition qui semblait animer le droit d'auteur sans se laisser approcher. Les recherches et travaux des juristes ont abouti à l'élaboration d'une définition devenue classique, axée sur le lien unissant l'auteur à son œuvre. Le critère d'empreinte de la personnalité de l'auteur était né (1). Mais, d'une manière assez paradoxale, l'originalité ne cherche pas à instaurer une compétition entre auteurs. En d'autres termes, il n'y a pas en droits d'auteurs d'activité créatrice ou d'échelle graduée d'originalité et toute œuvre reflétant la personnalité de son auteur peut être protégée (2).

### 1 - L'empreinte de la personnalité de l'auteur

La conception subjective de l'originalité est la traduction parfaite de la volonté française d'établir un lien indélébile et quasi-sentimental entre un auteur et son œuvre (a). Mais si empreinte de romantisme qu'elle soit, cette conception renvoie à une réalité bien difficile à cerner, car le mot personnalité ne se contente pas d'un seul sens et l'expression même d'« *empreinte de la personnalité de l'auteur* » n'est pas exempte d'ambiguïté (b).

#### a - Première approche de la condition d'application clef du droit d'auteur

L'œuvre originale, dit on classiquement, est celle qui révèle la personnalité de son auteur. En clair, pour qu'une œuvre se voie accorder la protection du droit d'auteur, il faut que l'on puisse y discerner un peu de la personnalité de son créateur. Les formules utilisées en jurisprudence sont assez variées mais toutes ont en commun de mettre l'accent sur cette dimension subjective exaltant le rôle de la personnalité de l'auteur.

Ainsi, « *une photographie est une œuvre de l'esprit protégée dès lors qu'elle est originale et reflète la personnalité de son auteur : tel est le cas d'un portrait en raison de la vie se dégageant du visage du modèle, de la qualité des contrastes, des couleurs et des reliefs* »<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> TGI, Paris, 22 mars 1989, *Beaucote c/Ste d'éditions modernes parisiennes*, Gaz. Pal. 14 février 1993 n°45-47 som. p. 19.

Dans le même esprit la cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 juin 1998<sup>8</sup>, précise que : « *Attendu qu'en se bornant ainsi à relever que les guides Franck, comme les topo-guides de la FFRP décrivaient les circuits de randonnées en associant un tracé sur un fond de carte de l'IGN et un texte explicatif, sans rechercher si l'établissement des itinéraires de randonnée ne constituait pas, bien que composé à partir du tracé des sentiers, une création de l'esprit, puisant son originalité dans le mise en œuvre de critères géographiques, culturels ou humains traduisant la personnalité de leur auteur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

En revanche : « *n'est pas protégeable le modèle de collier ras du cou en forme de rail composé de maillons, s'inspirant d'un modèle antérieur et ayant à la différence de ce dernier des maillons de dimension identique ; en effet, la dimension identique des maillons ne révèle pas l'empreinte de la personnalité de son auteur* »<sup>9</sup>.

Les autres formules utilisées en jurisprudence sont certes variées, mais il n'est pas besoin d'être philosophe pour comprendre qu'elles renvoient toutes à une même conception subjective de l'originalité. Ainsi, les juges du fond emploient indifféremment les expressions : « *empreinte personnelle* »<sup>10</sup>, « *reflet de la personnalité* »<sup>11</sup>, « *expression de la personnalité de l'auteur* »<sup>12</sup>, « *empreinte d'une composition et d'un style personnels* »<sup>13</sup>, « *sceau de la personnalité de l'auteur* »<sup>14</sup>, « *ton personnel* »<sup>15</sup>, « *vision personnelle* »<sup>16</sup>, « *pensée créative personnelle* »<sup>17</sup> ou encore « *empreinte émotionnelle personnelle* »<sup>18</sup>. La cour de cassation elle-même n'est pas en reste puisqu'elle n'hésite pas à employer des formules révélatrices telles que : « *tempérament et style propre de l'auteur* »<sup>19</sup>, « *empreinte du talent créateur* ».

<sup>8</sup> Cass. Civ. 1ère, 30 juin 1998, RIDA 1998 n° 176 p. 237.  
<sup>9</sup> Paris, 30 juin 1994, *Ste Nina Ricci c/ Repossi*, Gaz. Pal. 27 janvier 1995, n°27-28, som. p. 14.  
<sup>10</sup> CA Paris, 4ème Ch., 1er avril 1957, D. 1957, p. 436.  
<sup>11</sup> CA Paris, 4ème Ch., 4 mars 1982, D. 1983, inf. rap. p. 93, note Colombet.  
<sup>12</sup> TGI Paris, 3ème Ch., 27 avril 1984, RIDA 1/1985. p. 192.  
<sup>13</sup> TGI Paris, 3ème Ch., 6 juillet 1972, D. 1972. p. 628, note Pactet.  
<sup>14</sup> TGI Paris, 3ème Ch., 21 janvier 1977, RIDA 2/1977. p. 69.  
<sup>15</sup> TGI Paris, 1ère Ch., 24 mars 1982, JCP G 1982, II, 19901, note Bonet.  
<sup>16</sup> CA Paris, 4ème Ch., B, 18 juin 1992, Juris-data n°022166.  
<sup>17</sup> CA Nancy, 1ère Ch., 20 septembre 1995, Juris-data n°052093.  
<sup>18</sup> TGI Nanterre, 1ère Ch., 10 mars 1993, RIDA 3/1993. p. 343, note Gaubiac.  
<sup>19</sup> Cass. Civ. 1ère, 1er juillet 1970, D. 1970, p. 734, note Edelman.

personnel »<sup>20</sup> ou bien « mise en œuvre de critères traduisant la personnalité de leur auteur »<sup>21</sup>.

Cette définition subjective semble donc se placer dans la ligne traditionnelle du droit d'auteur français. L'auteur ne s'efface pas derrière son œuvre, laquelle est marquée par la personnalité de son créateur. De ce fait, lorsque l'empreinte personnelle de l'auteur est décelée, l'originalité en découle.

Il faut peut être voir dans ce principe une manifestation de la fameuse « *exception culturelle française* », mais le droit comparé révèle que de nombreux pays ont adopté une conception similaire de l'originalité. Ainsi, en droit belge, le droit d'auteur protégé par la loi du 22 mars 1886 ne concerne que les créations originales marquées par la personnalité de leur auteur<sup>22</sup>. Le droit allemand exige quant à lui une création intellectuelle propre à son auteur. La jurisprudence suisse, de son côté, définit l'œuvre protégée comme étant le produit d'une activité intellectuelle individuelle, une création originale de l'esprit empreinte d'un caractère individuel.

Dans ces trois types de droits européens, la référence à l'empreinte de la personnalité de l'auteur ne fait aucun doute. Mais d'autres droits plus exotiques surprennent par leur approche encore plus « romantique » de la notion. Ainsi par exemple, l'article 2.1.1 de la loi japonaise de 1970 sur le droit d'auteur définit une œuvre comme étant « une production dans laquelle les pensées et les sentiments sont exprimés d'une manière créative et qui relève du domaine littéraire, académique, artistique ou musical ». Citons enfin le droit du panama qui étonne par son approche très subjective de la notion d'originalité en accordant protection à « toute production résultant d'un travail ou d'un effort personnel d'intelligence, d'imagination ou de caractère artistique »<sup>23</sup>.

A l'opposé de cette conception subjective de la notion d'originalité, plusieurs pays ont adopté ce qui semblerait être à première vue l'antithèse de cette approche : le système du *copyright*. Et c'est comme de bien entendu le droit anglais qui s'en fait le meilleur représentant. L'appréciation du critère d'originalité y est dominée par le principe suivant : « Ce qui vaut la peine d'être copié vaut avant tout la peine d'être protégé ». En d'autres termes l'originalité s'entend avant tout de l'absence de copie.

---

**20** Cass. Civ. 1ère, 13 novembre 1973, D. 1974, p. 533, note Colombet.

**21** Cass. Civ. 1ère, 30 juin 1998, JCP E 1999, p. 1480, note Gablin et Sardain.

**22** T. corr. Liège, 26 juin 1987 M.P. c/ E. Jurisp. De liège 1987, 1196. André Bertrand : *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 3ème édition 1999 p. 143.

**23** Claude Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde – approche de droit comparé*, Litec, 2ème édition 1992.

Cependant, l'affirmation mérite une petite nuance car la plupart des systèmes de *copyright* relèvent le seuil de l'exigence en ajoutant que l'œuvre doit révéler un minimum d'effort intellectuel. Mais les pays se divisent sur la portée de ce petit correctif qui ne doit cependant pas faire illusion. L'Angleterre est ainsi considérée comme la moins exigeante, la preuve d'une antériorité suffisant en général à établir l'originalité. A l'inverse, le droit américain a choisi d'imposer la condition un peu plus sévère de créativité<sup>24</sup>.

De telles considérations sont étrangères à la conception française, mais celle-ci n'est somme toute ni plus ni moins exigeante, elle est simplement différente. Même si ceci n'est véritablement valable que sur le terrain limité des principes, il n'en est pas moins un fait certain que le droit français ne considère les œuvres qu'à travers la personnalité de leurs créateurs. Il n'était donc pas inutile d'établir un parallèle avec les droits étrangers pour mieux cerner cette conception subjective qui anime les juristes français. Mais il faut à présent tenter de donner une définition concrète de la notion d'originalité en donnant à l'expression « *empreinte de la personnalité de l'auteur* » son véritable sens.

#### b - Le véritable sens de l'originalité subjective

Le terme « *personnalité* » fait partie de ces termes à multiples facettes qu'affectionne le droit d'auteur français. Et ce terme est le révélateur de l'originalité. Déterminer la valeur réelle du critère de « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* », c'est déterminer en quel sens les tribunaux français entendent le mot « *personnalité* ». Trois sens principaux peuvent ainsi être attribués à ce terme.

Un sens philosophique peut tout d'abord être mis en évidence.

Au sens des sciences humaines en général, le terme désignerait : « une fonction constitutive de l'être humain, par laquelle un individu prend conscience de lui-même comme d'un moi à la foi un et identique : un en tant que le sujet tant qu'il réunit dans sa conscience le divers de sa vie mentale et identique en tant qu'il demeure le même à travers les vicissitudes de son

---

**24** Sur l'originalité en droit comparé, voir notamment : Claude Colombet (supra) ; M.Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli et C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions 2003.

Voir également : A. Lucas et H-J Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2ème édition 2000 ; André Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 3ème édition 1999.

histoire »<sup>25</sup>. En d'autres termes, la personnalité philosophique s'analyserait comme l'ensemble des traits psychologiques d'un individu, en perpétuelle évolution depuis sa naissance. De ce fait, s'interroger sur ce sens un peu particulier du terme « *personnalité* » revient à vérifier si les tribunaux exigent une corrélation entre les traits psychologiques de l'auteur et les caractéristiques formelles de son œuvre. Or, en réalité, il n'en est rien. Même si quelques décisions pourraient aller dans ce sens<sup>26</sup>, et cette affirmation est à prendre avec une extrême réserve, il est un fait certain que les tribunaux ne l'entendent pas ainsi. Comment d'ailleurs le pourraient-ils ? La personnalité philosophique est un concept appelé à se modifier constamment tout au long de la vie d'un individu. Fruit de l'accumulation d'expériences négatives ou positives, la personnalité est sans cesse en évolution. Par cette simple constatation, il est impossible d'intégrer ce sens du terme « *personnalité* » comme fondement du critère d'originalité en droit d'auteur.

Un deuxième sens est alors envisageable : le concept de « *personnalité* » en droit des personnes.

Deux expressions viennent à l'esprit : « *les droits de la personnalité* » et « *la personnalité juridique* ». Mais ces deux expressions n'ont en réalité aucune affinité avec le sens réservé au droit d'auteur. L'expression « *personnalité juridique* » ne représente en effet qu'une aptitude à être sujet de droit tandis que l'expression « *droits de la personnalité* » ne renvoie qu'à une dimension abstraite de la personne. Ainsi, les « *droits de la personnalité* » ont vocation à protéger, entre autres, le nom et la vie privée, lesquels n'ont pas grand-chose à voir avec un quelconque processus créatif de la personne. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que les tribunaux n'adhèrent pas à cette approche de la personnalité.

Au vu de ces multiples sens rejetés par les tribunaux, il devient manifeste que le terme « *personnalité* » en droit d'auteur revêt un sens particulier, peut être même unique. La conception classique de l'originalité fait la part belle à la personnalité de l'auteur. Mais l'expression « *empreinte de la personnalité de l'auteur* » peut s'interpréter quelque peu différemment. Dans la majorité des cas, les tribunaux emploient cette expression comme une simple formule de style stéréotypée, certes très « *romantique* », mais somme toute dénuée de sens propre. C'est ainsi que la cour de Paris peut affirmer à propos d'une carte de géographie que celle-ci « *reflète*

*la personnalité de son auteur* » par la combinaison et le choix de plusieurs éléments qui la distinguent de tous les autres<sup>27</sup>. Dès lors, déterminer le sens exact du terme « *personnalité* », et par là même celui de la conception classique de l'originalité, semble presque irréalisable.

Pourtant l'analyse de la jurisprudence fournit un espoir.

En effet, assez fréquemment, l'expression « *empreinte de la personnalité de l'auteur* » se trouve concurrencée en jurisprudence par une autre, plus modeste et dépouillée de toute référence psychologique : l'empreinte de la personne auteur de l'œuvre. Les formules utilisées sont assez variées mais elles renvoient toutes à cette approche différente de l'empreinte de la personnalité. C'est ainsi que le tribunal de commerce de la Seine, par un jugement du 24 avril 1953, admet l'originalité de photographies illustrant les combats anglo-égyptiens devant le canal de Suez, en relevant que « *le reporter photographe manifeste incontestablement sa personnalité en captant, souvent au péril de sa vie et à grand frais, les scènes les plus saisissantes des événements mondiaux, que l'esprit d'opportunité dont il fait preuve, le pittoresque et le dramatique de la situation qu'il fixe sur sa pellicule confèrent à son œuvre une empreinte personnelle lui donnant droit à une propriété particulière qu'il convient de protéger* »<sup>28</sup>. De la même façon, la cour de Paris, dans une décision du 4 février 1982, peut affirmer en termes clairs que « *constitue une œuvre originale, protégeable en application de la loi du 11 mars 1957, la représentation graphique de cellules ou éléments de cellules, qui se caractérise par les angles sous lesquels apparaissent les structures étudiées, par le dessin des contours et des détails, et surtout par la façon personnelle de mettre en évidence les caractéristiques essentielles de ces structures* »<sup>29</sup>. Et la même idée se retrouve dans une autre décision de la cour de Paris, en date du 19 septembre 1983, qui précise que « *sont protégeables des modèles de carreaux en grès, qui ne constituent pas un simple emprunt à la nature, mais qui comportent une vision personnelle dans l'alliance des couleurs et des formes et des dispositions des divers éléments* »<sup>30</sup>.

Enfin, la cour de cassation elle-même, par un arrêt du 8 décembre 1987, se rallie à cette théorie de l'empreinte personnelle, et affirme que n'a pas donné de base légale à sa décision la Cour d'appel qui a décidé que des modèles de chandails ne pouvaient bénéficier de la protection du droit d'auteur, sans rechercher si le fabricant créateur « *n'avait pas fait*

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

**26** Ainsi un arrêt de la cour de Paris du 22 mai 1986 affirme que le titre d'un périodique politique imprimé en latin et en arabe, et signifiant l'avant-garde, a une connotation révolutionnaire qui reflète l'orientation politique et donc la personnalité de son auteur. Paris, 22 mai 1986, D 1987, Som. Com., 55.

**27** Paris, 8 janvier 1990, C.D.A, Novembre 1990, 15. Cité par Olivier Laligant.

**28** Trib. com. Seine 24 avril 1953, Ann. 1953, 301.

**29** Cour de Paris, 4ème Ch., 4 février 1982, Ann. 1983, 239.

**30** Cour de Paris, 4ème Ch., 19 septembre 1983, Ann. 1983, 218.

*œuvre personnelle en appliquant à la fabrication des chandails de cette forme une technique de tissage particulière de nature à donner à l'ensemble un aspect distinctif, caractéristique d'une création originale* »<sup>31</sup>.

Ces quelques exemples sont assez révélateurs. L'expression « *empreinte de la personnalité de l'auteur* » est synonyme en jurisprudence, de l'expression beaucoup plus mesurée d' « *empreinte personnelle* ». Tant au niveau de la Cour de cassation que des juges du fond, la marque personnelle de l'auteur constitue donc le véritable sens de la conception classique et subjective de l'originalité. Pourtant, si traditionnelle qu'elle soit, la définition ainsi reçue de l'originalité n'est pas pleinement satisfaisante. Elle dissimule en effet un très lourd handicap, son incapacité à s'adapter aux nouvelles technologies. En outre, son opacité et le refus de prendre en compte un certain degré d'originalité a entraîné une foule de décisions contradictoires, certains auteurs parlant même de « *maquis jurisprudentiel* »<sup>32</sup>. Et ces défauts se sont révélés au grand jour lorsque le problème de la protection des logiciels fût soulevé.

## 2 – L'indifférence du degré de l'originalité

L'originalité, condition d'application clef du droit d'auteur, découle de l'empreinte laissée par la personnalité de l'auteur lors du processus de mise en forme de son œuvre. L'œuvre originale est donc celle dans laquelle le créateur a pu déployer le minimum de fantaisie inhérent à toute création littéraire ou artistique, en échappant aux contraintes de la technique.

Quel que puisse être le but recherché, dès lors que l'auteur a pu échapper aux contraintes de la technique, et a pu marquer son œuvre par son talent, son ingéniosité et son caractère, la protection légale est acquise.

En suivant scrupuleusement ce raisonnement, la thèse classique rejette toute référence à une hypothétique échelle d'originalité. En d'autres termes, peu importent la netteté et l'ampleur de l'empreinte de la personnalité laissée dans l'œuvre. Logiquement, deux conséquences importantes peuvent être tirées de cet état de fait. Tout d'abord, l'originalité ne se pèse pas, il suffit qu'elle existe (a). En outre, une œuvre peut être originale tout en empruntant à une œuvre préexistante des éléments donnant prise au droit d'auteur. On dit alors que l'originalité est relative (b).

<sup>31</sup> Cass. Civ. 8 décembre 1987, Ann. 1988, 190.

<sup>32</sup> André Lucas et Pierre Sirinelli, L'originalité en droit d'auteur, JCP G 1993. I. 3681.

### a - Le degré d'originalité

L'originalité n'est pas une condition destinée à faire le tri entre œuvres de faible originalité et œuvres de génie inégalé. Ce n'est pas le rôle immédiat que l'on a souhaité lui faire jouer. Par conséquent, l'originalité d'une œuvre n'est pas appréciée par comparaison à une sorte d'échelle graduée d'originalité, qui partirait du zéro absolu et aboutirait au génie le plus pur<sup>33</sup>. En pratique, la recherche de l'originalité d'une œuvre n'implique aucunement qu'une comparaison soit faite avec d'autres œuvres pour déterminer l'ampleur ou la netteté de l'empreinte que son auteur y a laissée. Il suffit donc que l'originalité existe pour que la protection soit accordée<sup>34</sup>. En revanche, une œuvre ne reflétant en rien la personnalité de son auteur ne bénéficiera pas du droit d'auteur.

Couchée ainsi sur le papier, la règle paraît claire et d'une remarquable simplicité d'application. Et c'est justement sur cette base qu'est généralement admise la protection d'une immense quantité de petites œuvres traditionnellement appelées « *menu fretin* » ou encore « *petite monnaie* », dans lesquelles la marque de la personnalité de l'auteur n'est pas évidente. Les exemples sont légion en la matière. C'est ainsi que la protection du droit d'auteur a pu être accordée à un cours magistral<sup>35</sup>, à un guide de renseignements administratifs<sup>36</sup>, à un calendrier israélien<sup>37</sup> ou encore à des notes prises par un homme politique au cours d'entretiens avec des confrères<sup>38</sup>. Même si certains auteurs regrettent cet état de fait et s'inquiètent grandement de cette extension de l'originalité, la règle trouve quand même une certaine justification dans le fait que la recherche d'un degré d'originalité dans l'œuvre obligerait à coup sûr les magistrats à se livrer à un examen du mérite de l'œuvre, ce qui leur est formellement interdit par l'article L 112-1 CPI.

### b- L'originalité relative

L'originalité absolue, pleine et entière n'existe pas. En matière de création, le patrimoine de l'humanité est si

<sup>33</sup> « Une œuvre n'est pas plus ou moins originale ; elle est originale ou non, qu'elle soit géniale ou médiocre ; si elle est géniale son originalité sera seulement plus facile à établir. » Xavier Linant de Bellefonds, Droits d'auteur et droits voisins, Dalloz 2002.

<sup>34</sup> Sur ce point, voir notamment : Paris, 27 octobre 1993, Gaz. Pal. 5 juin 1994, n° 156-158, som. p. 21 : « Il n'y a de création que dans la mesure où l'activité de l'auteur confère à l'œuvre un caractère original qui est la marque de la personnalité. Il ne suffit pas, pour lui dénier ce caractère, de constater que le sujet traité est banal ou s'inscrit dans un courant de mode, ou encore que son originalité est faible ».

<sup>35</sup> TGI Paris, 11 décembre 1985, Gaz. Pal. 1987, som. p. 33.

<sup>36</sup> CA Paris, 6 mai 1987, D 1988, som. p. 202.

<sup>37</sup> CA Paris, 14 avril 1986, D 1987, som. p. 152.

<sup>38</sup> CA Paris, 24 octobre 1988, D 1988, IR p. 245.



riche et diversifié que l'idée vraiment originale, susceptible de donner naissance à une forme particulière reflétant la personnalité de son auteur, tient plus de l'utopie que de la réalité. Le calcul est simple, même si son idée de départ est absolument originale, l'auteur, désireux de la concrétiser dans une forme, ira forcément puiser son originalité dans celle de ses prédécesseurs qu'il enrichira par sa personnalité.

Dans ces conditions, il n'y aurait que très peu d'œuvres originales.

Mais, l'originalité possède un caractère particulier, elle est relative et ne se pèse pas. L'indifférence du degré d'originalité des œuvres permet alors d'accorder la protection du droit d'auteur aux œuvres dites dérivées, c'est-à-dire des œuvres de seconde main empruntant à des œuvres préexistantes un ou plusieurs éléments donnant prise au droit d'auteur. C'est ainsi que l'article L 112-3 CPI accorde la protection du droit d'auteur à des traductions, adaptations ou arrangements.

Un auteur peut donc adapter d'une manière personnelle des œuvres existantes et bénéficier de la protection du droit d'auteur.

Cependant, lorsque l'œuvre préexistante est protégée par le droit d'auteur, son adaptation constitue une œuvre dérivée qui nécessite l'autorisation préalable de son auteur. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 décembre 1962 illustre parfaitement cette solution : « *La qualité d'artiste ne saurait être contestée au graveur d'estampes, même s'il ne fait que reproduire une œuvre préexistante. En effet, en transformant la peinture en gravure, l'artiste interprète nécessairement la première, les qualités de son exécution, l'intelligence avec laquelle il procède à la décomposition et au choix des couleurs personnalisent son œuvre et lui donne un caractère d'originalité* »<sup>39</sup>. De la même manière, un auteur peut parfaitement associer ou assembler des éléments connus et protégés par le droit d'auteur pour en faire une œuvre qui sera elle-même originale car marquée par l'empreinte personnelle du créateur. C'est ce que reconnaît un arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 1985 : « *Une œuvre originale protégeable par le droit d'auteur peut être composée uniquement d'éléments connus ; un décor caractérisé par la combinaison d'éléments connus et leur agencement est protégeable dans son ensemble dès lors... qu'il porte l'empreinte de la personnalité de l'effort intellectuel et la recherche d'une forme esthétique individualisée qui caractérise une création artistique* »<sup>40</sup>.

Cependant, il est nécessaire de remarquer que la formule « *originalité relative* » n'est pas très heureuse car elle donne faussement à penser qu'il peut exister

<sup>39</sup> CA Paris, 19 décembre 1962, JCP 1963, II, 13156.

<sup>40</sup> CA Paris, 22 janvier 1985, Lindt c/ Chocofab, Gaz. Pal 1985. 2 som. 259.

une originalité absolue, ce qui n'est pas le cas en réalité. Beaucoup d'auteurs sont réticents à admettre l'opposition entre œuvres « *absolument originales* » et œuvres « *relativement originales* ». Ainsi, pour Xavier Linant de Bellefonds<sup>41</sup> « *L'originalité de l'œuvre dérivée est plus « additionnelle » que « relative » : elle est pleinement additionnelle dans ce qu'elle ajoute* ». Dans la même idée, Michel Schneider<sup>42</sup> précise que « *L'originalité n'est pas le fait d'être sans origine, mais de fonder en quelque sorte sa propre origine* ». Il ne faut donc pas apporter trop de crédit à cette expression assez malencontreuse car elle peut facilement induire en erreur.

Il faut à présent s'attarder sur l'un des problèmes les plus pointus et les plus irritants de la condition d'originalité : la distinction originalité-nouveauté.

## B – Originalité et nouveauté

La distinction entre les notions fondamentales de nouveauté et d'originalité est l'un des problèmes qui ont fait couler le plus d'encre en matière de droits d'auteurs. Paradoxalement, la condition de nouveauté n'a jamais été exigée pour la protection du droit d'auteur car elle renvoie à une logique bien différente de celle de la propriété littéraire et artistique. C'est en effet à travers elle que se distingue le système de la propriété industrielle, notamment le droit des brevets. Malgré cela, la nouveauté a toujours été présente en droit d'auteur, tour à tour considérée comme la petite sœur jumelle de l'originalité, puis décrite comme une transposition indésirable du droit des brevets. Comment ne pas y perdre son latin lorsqu'une partie de la doctrine caractérise l'originalité comme « *la nouveauté dans l'univers des formes* »<sup>43</sup>, alors que la cour de cassation<sup>44</sup>, par une formulation lapidaire, affirme que la notion d'antériorité, caractérisant la nouveauté, est inopérante dans le cadre de la propriété littéraire et artistique. Afin de mieux comprendre pourquoi cette notion de nouveauté a acquis un caractère si particulier et a semé les graines de la discorde en droit d'auteur, il n'est pas superflu de se livrer à une petite étude de la jurisprudence et de la doctrine en la matière (1), avant de donner une définition de la nouveauté en droit d'auteur (2) pour enfin conclure

<sup>41</sup> Xavier Linant de Bellefonds p. 47.

<sup>42</sup> Michel Schneider, *Voleur de mots, essai sur le plagiat, la psychanalyse et la pensée*, Gallimard 1985, p. 111. Cité par : André Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2ème édition 2002, p. 17.

<sup>43</sup> M. Vivant, *Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels*, Informatica e diritto, Florence 1984. Cité par Xavier Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS droit 1997.

<sup>44</sup> Cass. Civ. 1ère. JCP G 1997, II, 22973, note Deverat ; D 1998, p. 290, note Greffe ; RTDcom 1999, p.391, note Françon.

sur l'utilité d'une distinction originalité - nouveauté (3).

### 1 – La confusion jurisprudentielle et doctrinale

La confusion entre les notions de nouveauté et d'originalité trouve son origine et tout son sens avec la protection de cette immense catégorie d'œuvres que l'on nomme art appliqué. Dans la conception française, la célèbre théorie de l'unité de l'art postule qu'un auteur puisse cumuler les protections offertes par le droit d'auteur et celui des dessins et modèles. Or, si la nouveauté n' a jamais été exigée en droit d'auteur, la loi du 14 juillet 1909 sur la protection des dessins et modèles en fait une condition fondamentale. Comment alors s'étonner que les juges n'aient jamais cessé de mélanger les notions de nouveauté et d'originalité lorsqu'ils eurent à se prononcer sur des créations susceptibles de double protection. Ils ont il est vrai des circonstances atténuantes car, outre le fait qu'elles soient tenues pour synonymes dans le langage populaire, il était presque certain que leur voisinage allait être délicat. Sans doute mal à l'aise pour manier la notion fuyante d'originalité, de nombreux tribunaux ont estimé plus simple de faire de la nouveauté le synonyme de l'originalité (a). Et la doctrine elle aussi s'en est donnée à cœur joie, rejetant la nouveauté comme la pomme pourrie du panier ou en faisant d'elle l'unique critère de protection pour le droit d'auteur (b).

#### a – La confusion jurisprudentielle

Les exemples de cette confusion sont malheureusement trop nombreux, et il y a une raison bien simple à cela. Comme le dit si bien le professeur Lucas : « *Les juridictions du fond se prononcent très souvent dans le même sens, posant le problème de la protection des dessins et modèles par le droit d'auteur en termes de propriété industrielle d'où la terminologie utilisée : nouveauté, antériorité, personnalité, originalité, divulgation, domaine public...* »<sup>45</sup>. Nombre de décisions comportent des expressions mêlant originalité et nouveauté sans que l'on sache très bien s'il faut y voir une simple redondance ou une volonté de démarquer les deux critères. Bien d'autres encore se révèlent hermétiques à toute tentative de distinction. A la lecture de cette jurisprudence, il apparaît que certaines décisions subordonnent l'application du droit d'auteur à la condition de nouveauté. Et cela surprend lorsque ces décisions remontent à une époque où la condition d'originalité n'existait pas encore.

<sup>45</sup> André Lucas et Pierre Sirinelli, L'originalité en droit d'auteur, JCP 1993, I, 3681 p. 257.

Le mal ne date pas d'hier en la matière. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de cassation du 2 décembre 1814, après avoir précisé que la loi de 1793 s'appliquait aux compilations, a affirmé que tel est le cas lorsque celles-ci « *ont été tout à la fois le produit de conceptions étrangères à leur auteur et de conceptions qui lui ont été propres et d'après lesquelles l'ouvrage a pris une forme nouvelle et un caractère nouveau* »<sup>46</sup>. Pareillement, le tribunal correctionnel du Havre, dans un jugement du 18 avril 1869 considère que la loi de 1793 protège tous les ouvrages d'art sans distinction et « *que pour avoir droit à la protection de la loi, il suffit qu'ils présentent, soit dans leur ensemble, soit dans leur détails, le caractère de nouveauté qu'implique le travail personnel* »<sup>47</sup>.

De la même manière, la cour de Paris affirma dans un arrêt du 16 avril 1929 : « *considérant que la société des avions Voisin est propriétaire d'un modèle de radiateur d'automobile caractérisé par un emblème dit « Cocotte » qui, par sa configuration spéciale et reconnaissable, présente un caractère de nouveauté et constitue un objet d'ornement protégé par les lois des 19 juillet 1793 et 11 mars 1902* »<sup>48</sup>. La cour de cassation elle-même n'est d'ailleurs pas en reste à cette époque puisqu'elle ne craint pas d'approuver une cour d'appel d'avoir refusé le bénéfice du droit d'auteur à un dessin au motif qu'il constituait une « *composition banale et courante ne présentant de ce fait aucun caractère de nouveauté* »<sup>49</sup>.

Avec l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 qui ne fait mention de la condition d'originalité qu'à propos de la protection des titres, la référence à l'exigence de nouveauté continue de se vérifier. C'est ainsi par exemple que la cour de Paris, dans un arrêt du 10 janvier 1977 précise que la loi du 11 mars 1957 protégeant « *les œuvres de l'esprit, y compris les œuvres des arts appliqués, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression et le mérite, l'ensemble créé par la société Christian Dior constitue bien, au sens de la loi, un modèle nouveau susceptible de bénéficier de la protection de celle-ci* »<sup>50</sup>. Pareillement, la cour de cassation a décidé qu'un dessin ayant une application industrielle pouvait être protégé par la loi du 11 mars 1957 dès lors qu'il présente un « *caractère de recherche esthétique et de nouveauté* »<sup>51</sup>.

Ces exemples sont particulièrement révélateurs d'un emploi de la notion de nouveauté comme condition d'application du droit d'auteur. Mais tous les arrêts ne

<sup>46</sup> Cass. Crim. 2 décembre 1814, cité par Olivier Laligant.

<sup>47</sup> T. Corr. Le Havre 18 août 1869, Ann 1880, 130, cité par Olivier Laligant.

<sup>48</sup> Paris, 16 avril 1929, Ann 1929, 362, cité par Olivier Laligant.

<sup>49</sup> Cass. Civ. 27 mai 1942 : S. 1942, I, 124.

<sup>50</sup> Paris, 10 janvier 1977, Ann 1978, 104.

<sup>51</sup> Cass. Crim. 22 juin 1967. D. 1968, 241, note Costa.

sont pas aussi « engagés » que ceux-là. Nombre d'entre eux en effet se contentent d'employer les termes originalité et nouveauté côte à côte, comme s'il ne s'agissait que d'une simple redondance, d'un moyen comme un autre de s'exprimer. C'est ainsi par exemple qu'un arrêt de la cour de Paris du 7 juillet 1930 affirme à propos de la lampe dite Pigeon : « *mais considérant que pour qu'une sculpture en un dessin d'ornement soit protégé par les lois de 1793 et 1902, il faut qu'il soit nouveau, c'est-à-dire qu'il ait un caractère original, et qu'il se différencie nettement de ce qui a été fait auparavant* »<sup>52</sup>. Pareillement, un arrêt de la cour de Paris du 28 octobre 1936 ne craint pas d'utiliser l'expression « *originalité nouvelle* » pour caractériser un modèle de pyjama<sup>53</sup>. La cour de cassation elle aussi emploie les deux termes comme synonymes et affirme dans un arrêt rendu le 23 mars 1965 à propos d'un opuscule sur le vin de champagne que : « *l'œuvre, qui ne constitue qu'une compilation de renseignements fournis en grande partie par le Comité interprofessionnel du vin de Champagne, ne contenait aucun apport nouveau ; qu'ainsi la cour d'appel a souverainement dénié à cette œuvre tout caractère original lui conférant la nature d'une création de l'esprit susceptible d'une protection légale* »<sup>54</sup>.

Les exemples en la matière sont légion et tous renvoient à cette malheureuse confusion qui s'est installée dans les esprits des juges. Pourtant, certaines juridictions tentent de redresser la barre en s'attachant à réaffirmer la différence fondamentale entre les deux notions. C'est ainsi par exemple que la cour de Paris, dans une affaire traitant d'un logiciel affirme que : « *La constatation du caractère innovant des solutions apportées par un logiciel est insuffisante à démontrer un effort personnalisé de l'auteur allant au-delà de la mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, par conséquent faute d'une preuve d'une forme personnelle donnée à l'application des méthodes ou du système, le logiciel n'est pas protégeable* »<sup>55</sup>.

Mais c'est à la cour de cassation que revient le mérite d'avoir énoncé le plus clairement son refus d'assimiler originalité et nouveauté : « *Vu l'article L 112-2 du code de la propriété intellectuelle ; Attendu que les dispositions de ce code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, le mérite ou la destination, à la seule condition que ces œuvres présentent un caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique. Attendu que pour refuser à la*

**52** Paris, 7 juillet 1930, Ann 1931, 104, cité par Olivier Laligant.

**53** Paris, 28 octobre 1936, Ann 1939, 285, cité par Olivier Laligant.

**54** Cass. Com. 23 mars 1965. GP 1965. 2. 81. cité par Olivier Laligant.

**55** Paris, 5 avril 1993, *Sté Ctl SA c/ Ste Ippolis informatique*, Gaz. Pal. 1er janvier 1993, n° 365-1 panorama p. 12 et p. 19.

*société Zip Zag la protection des droits d'auteur sur une forme de bouton représentant un nœud de marine, l'arrêt attaqué énonce que, pour être protégeable, le modèle de bouton litigieux doit être nouveau ce qu'il n'est pas ; En quoi la cour d'appel a méconnu le texte susvisé* »<sup>56</sup>.

La confusion est donc bien présente dans l'esprit des magistrats, et ce manque de rigueur terminologique est bien dommage. Ce serait un tort de minimiser la chose en déclarant qu'il ne faut pas attendre une grande rigueur de la part des tribunaux car cela n'a pour effet que de maintenir la confusion dans un domaine qui n'en était déjà pas exempt. Cependant, la complexité de la matière fait que les magistrats ne peuvent guère compter sur une doctrine assez divisée sur la question.

### b – L'incertitude doctrinale

Tout comme la jurisprudence, la doctrine n'est pas épargnée par la confusion qui règne en la matière. Et celle-ci vient sans doute de ce que les mots « originalité » et « nouveauté » sont très souvent utilisés en langage commun pour désigner ce qui paraît ne dériver de rien d'antérieur, ce qui n'existait pas auparavant et qui ne ressemble à rien d'autre. La tentation est donc assez forte d'employer ces termes en parfaits synonymes, sans forcément voir dans ce choix souvent inconscient une volonté d'afficher sa préférence pour l'un ou l'autre. Ce fût notamment le cas lorsque Pouillet n'utilisa pas de conjonction de coordination et juxtaposa les deux termes dans une formulation simple : « *Les ouvrages en cause présentent ce caractère d'originalité, de nouveauté, qui est le fondement du droit lui-même* »<sup>57</sup>. Mais depuis Desbois et la mise en évidence de la condition d'originalité, les auteurs sont de plus en plus rigoureux sur l'emploi des termes, et les formulations innocentes telles que celle de Pouillet ne se retrouvent presque plus. Désormais, lorsqu'un auteur choisit de mettre côte à côte la nouveauté et l'originalité, il s'agira là d'un choix délibéré et réfléchi, marquant une prise de position sur la question.

La majorité de la doctrine actuelle s'accorde pour distinguer la nouveauté et l'originalité. Et pour faire comprendre cette distinction si compliquée, il n'y a rien de plus efficace qu'un exemple. C'est le parti pris

**56** Cette solution avait déjà été formulée avant (Cass. Civ. 1ère. 23 février 1994, D 1995, somm. p. 53, note Colombet). Elle a été reprise depuis (Cass. Civ. 1ère. 3 juin 1998, RIDA 4/1998, p. 155) et (Cass. Civ. 1ère, 20 mars 2001, *maty c/ Maubussin*, RIDA 2001, n° 189 p. 347 rappelant qu'une création peut être originale tout en se référant à des idées, des faits bruts ou des éléments banals).

**57** A. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, et du droit de reproduction*, 2ème édition 1894.

de quelques auteurs, parmi les plus respectés en la matière. Et ce sera Desbois<sup>58</sup> qui débute avec son exemple fameux des deux peintres, repris par André Françon<sup>59</sup>, qui deviendront deux sculpteurs sous la plume de Claude Colombet<sup>60</sup>. Imaginons ainsi « deux peintres qui sans s'être concertés et se promettre un mutuel appui, fixent l'un après l'autre, sur leurs toiles, le même site, dans la même perspective et le même éclairage », le second tableau ne sera pas nouveau, mais il sera original dès lors que les deux peintres « ont déployé une activité créatrice, l'un comme l'autre, en traitant, indépendamment l'un de l'autre, le même sujet ». De même pour Colombet, « une copie de tableau ou de sculpture par un disciple dans l'atelier du maître sera encore originale, car la personnalité du copiste n'aura pu entièrement disparaître lors de l'exécution ».

Ces deux exemples sont certes très pédagogiques et ont le mérite de mettre en lumière le caractère objectif de la nouveauté par rapport à la personnalité de l'auteur. Cependant, ils souffrent tous deux d'une faiblesse incurable. Il faut pour bien comprendre ce mal se poser une question simple : Qu'est ce qui n'est pas nouveau là-dedans ? Et la réponse s'impose d'elle-même : Ce qui n'est pas nouveau, c'est ce qui est peint, ce que les peintres ont choisi de représenter, un paysage. Mais en revanche, la représentation qu'en feront les auteurs sera pleinement nouvelle. Et si l'objet du droit d'auteur est bien la forme, il n'est pas possible de dire qu'il n'y a pas là un genre de nouveauté.

Cette constatation permet à certains auteurs de s'écarter un peu des thèses officielles. Parmi ceux-ci, Alain le Tarnec est probablement celui qui s'est le plus interrogé sur la question. Pour lui, l'œuvre originale est nécessairement nouvelle car dit-il : « on ne peut pas concevoir qu'une œuvre d'un genre quelconque puisse à la fois être originale et ne pas être nouvelle, et cela d'autant moins qu'en la matière, il ne peut s'agir d'une nouveauté absolue, mais seulement d'une nouveauté relative »<sup>61</sup>. Plus radicalement encore s'exprime le professeur Gautier : « Tant pis ! Écrivons-le : en pratique les deux notions se confondent, car

---

**58** H. Desbois, *Cours de propriété littéraire et artistique*, 1956-1957, Les cours de droit p. 51.

**59** A. Françon, *Cours de propriété littéraire et artistique et industrielle*, Litec 1999, p. 160.

**60** C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9ème édition 1999, p. 26.

**61** A. le Tarnec, *Manuel de propriété littéraire et artistique*, 2ème édition, 1966. La même idée se retrouve chez Jean-pierre Clavier (*Les catégories de la propriété industrielle à l'épreuve des créations génétiques*, L'harmattan 1998) : « Pour qu'une création soit originale, il faut que la mise en forme de l'idée soit nouvelle dans au moins un de ses traits : à l'inverse, la nouveauté sur un aspect de la création n'implique pas loin s'en faut une quelconque originalité de la réalisation ».

*l'effort de la personnalité sera dans bien des cas la nouveauté requise, par rapport aux antériorités »*<sup>62</sup>.

Malgré ce courant doctrinal qui semble gagner de plus en plus de partisans, la majorité de la doctrine penche en faveur d'une séparation stricte des notions<sup>63</sup>. Claude Colombet illustre parfaitement cette thèse dans son manuel de propriété littéraire et artistique : « C'est donc à tort selon nous que certaines juridictions et certains auteurs ne semblent pas faire de distinction nette entre originalité et nouveauté ; ces deux notions ne sauraient pourtant être confondues sous peine de priver l'auteur d'une œuvre de l'esprit de la protection légale, car très souvent l'œuvre sera originale et parfois ne sera pas nouvelle ».

La doctrine n'est donc pas non plus épargnée par la confusion qui règne en la matière. Mais pour mieux comprendre d'où peut venir ce problème, et tenter d'y mettre un terme, il est nécessaire de revenir à la définition première de la notion de nouveauté.

## 2 - La nouveauté en droit d'auteur

La nouveauté est un critère très utilisé en droit de la propriété intellectuelle. Elle est ainsi exigée pour l'obtention d'un brevet d'invention, ainsi que pour la protection des dessins et modèles. Mais dans ces deux cas, la notion de nouveauté est encadrée dans une définition à la fois simple et stricte. Ce n'est malheureusement pas le cas en droit d'auteur. L'origine de la confusion jurisprudentielle et doctrinale a sans aucun doute un lien avec ces différentes définitions de la nouveauté. Dès lors, la question qui se pose est claire : la nouveauté exigée par le droit des brevets et celui des dessins et modèles (a) est-elle transposable en droit d'auteur (b) ?

### a - La nouveauté en droit des inventions brevetables et en droit des dessins et modèles

#### a1 - La nouveauté en droit des brevets

La nouveauté en droit des inventions brevetables est définie à l'article L611-1 CPI. Au termes de l'alinéa 1 de ce texte une invention est en effet « considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de

---

**62** P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF droit, 4ème édition 2001.

**63** Xavier Linant de Bellefonds (*Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz 2002) fait une analyse assez tranchée sur la question, mais il n'éluide pas complètement le débat : « Empreinte personnelle ou apport intellectuel sont des notions assises sur l'idée d'une addition à l'existant. Pour autant l'originalité doit bien être distinguée de la nouveauté. La notion de nouveauté est objective ; la notion d'originalité est subjective ».

la technique », étant précisé que l'état de la technique est notamment constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public, avant le dépôt de la demande de brevet, par une description écrite ou orale, un usage, ou tout autre moyen (al 2) ainsi que les demandes de brevet publiées (al 3). En d'autres termes, l'invention dite nouvelle n'est nullement l'invention qui n'a pas encore été faite par quelqu'un d'autre au jour du dépôt de la demande de brevet, mais l'invention à laquelle le public – et une seule personne raisonnablement compétente et non tenue au secret suffit à constituer le public – n'a pas pu avoir accès avant le jour du dépôt de la demande. Pour que la nouveauté d'une invention puisse être détruite, le droit français exige une antériorité de toutes pièces, ce qui revient à rechercher si l'invention se trouve telle quelle dans l'état de la technique. Une différence, même faible, suffit à satisfaire la condition de nouveauté<sup>64</sup>. L'exigence sera strictement entendue. Il suffira que le public ait eu toutes les possibilités imaginables de connaître l'invention avant son dépôt de demande de brevet. Autant dire qu'avec les moyens modernes de communication, le public concerné ne se fait pas prier pour se tenir aux aguets.

Pour résumer cet état de fait, il est donc possible d'affirmer que la nouveauté en droit des inventions brevetables n'est pas, comme on pourrait aisément le croire, le critère de la venue à l'existence pour la première fois, mais le critère de la non accessibilité au public. En d'autres termes, la nouveauté exigée en droit des brevets n'a rien à voir avec la nouveauté à proprement parler.

#### a2 - La nouveauté en droit des dessins et modèles

Quasi totalement refondu en 1998 par une directive européenne, le droit des dessins et modèles exige aussi la nouveauté comme condition de protection. L'ancien article L 511-3 n'était pas une merveille de clarté, mais la nouveauté y apparaissait déjà : « Les dispositions du présent livre sont applicables à tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ». La formule utilisée à l'époque mettait certes en avant la condition de nouveauté, mais que fallait-il y entendre précisément ? A la lecture de la jurisprudence, il apparaissait que l'absence d'antériorités n'était pas suffisante pour accorder la nouveauté, car de nombreux tribunaux

<sup>64</sup> Voir J. Schmidt-Szalewski, *Droit de la propriété industrielle*, Mémento Dalloz, 5ème édition 2001. « L'appréciation de la nouveauté consiste à rechercher les différences entre l'état de la technique et l'invention proposée. Ces différences s'apprécient de façon objective et non par référence à l'originalité de l'invention ».

exigeaient en outre que les dessins ou modèles présentent quelque chose de personnel. Autrement dit, les juges exigeaient un degré suffisant de création. Ainsi a-t-il été jugé que le fait de réaliser un ruban imitant la peau d'un serpent, mais en se bornant à reproduire avec fidélité les dessins de la peau de l'animal, sans se livrer à aucune interprétation personnelle, ne constituait pas une « création nouvelle » et ne pouvait donc pas faire l'objet d'une appropriation<sup>65</sup>.

Cette exigence de créativité s'est vite confondue avec l'originalité du droit d'auteur. C'est ainsi que la jurisprudence, pour mélanger un peu plus les deux concepts, n'a pas hésité à utiliser l'originalité pour accorder ou non la protection du droit des dessins et modèles. Un arrêt de la cour de Paris du 11 septembre 1996 résume parfaitement cette dérive : « Pour qu'un modèle soit nouveau au regard de la loi, il ne suffit pas que sa forme n'ait pas été préalablement divulguée ; il doit également constituer une création, c'est-à-dire présenter un caractère original, décoratif ou ornemental, témoignant de l'effort personnel ou de l'interprétation personnelle de son auteur »<sup>66</sup>.

La nouveauté du droit des dessins et modèles apparaissait donc, malgré un sérieux manque de rigueur terminologique, comme une exigence double. La création devait ainsi se différencier de ses similaires par son aspect propre, c'est-à-dire une absence d'antériorité, complétée par la présence d'une facture personnelle suffisante, souvent définie comme l'originalité au sens de droit d'auteur. Mais la directive CE n°98/71 du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins et modèles allait changer la donne. La transposition de cette directive en droit interne par l'ordonnance du 25 juillet 2001 allait modifier totalement la définition de la nouveauté en droit des dessins et modèles, pour la rapprocher de celle retenue en droit des brevets<sup>67</sup>. L'ancien critère unique de nouveauté est à présent remplacé par deux critères distincts et cumulatifs. Le nouvel article L 511-2 CPI précise ainsi que : « Seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre ». La nouveauté n'a donc pas disparue, mais elle n'est maintenant qu'une

<sup>65</sup> Paris, 31 décembre 1929, Ann 1933, p. 368. Cité par Olivier Laligant. Voir aussi : Trib. Civ. Angers, 25 juillet 1924, Ann 1927, p. 121. Cité par Olivier Laligant.

<sup>66</sup> Paris, 11 septembre 1996, JCP E 1997, 979, note Cohen. Voir aussi : Cass. Com. 3 mai 2000, D 2001, AJ. 237, observations Greffe. A l'inverse : Paris, 6 septembre 2000, PIBD 2000, III, p. 597 : « Les modèles présentant le caractère de nouveauté, il n'y a pas lieu de rechercher s'ils constituent des créations originales dès lors que l'action en contrefaçon est exclusivement fondée sur les dispositions du livre V ».

<sup>67</sup> Voir notamment : Pascal Kamina, *Le nouveau droit des dessins et modèles*, D 2001, n°40 p. 3258. Voir aussi Benoît Humblot, *Nouveauté, caractère propre* : un fauteuil pour deux, JCP E 2003, n° 902 p. 990.

facette de la condition de protection des dessins et modèles. L'autre facette, implicitement dégagée depuis bien longtemps, a enfin obtenu une consécration. Peut être que cette apparition de l'expression « caractère propre » mettra enfin un terme à l'emploi indésirable de la notion d'originalité.

Mais à présent, quel sens donner à cette nouvelle...nouveau ? La réponse est contenue dans le nouvel article L 511-3 CPI « *Un dessin ou modèle est regardé comme nouveau si, à la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Des dessins ou modèles sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants* » complété par le nouvel article L 511-6 al1 CPI « *Un dessin ou modèle est réputé avoir été divulgué s'il a été rendu accessible au public par une publication, un usage, ou tout autre moyen. Il n'y a pas divulgation lorsque le dessin ou modèle n'a pu être raisonnablement connu, selon la pratique courante des affaires dans le secteur intéressé, par des professionnels agissant dans la communauté européenne, avant la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée* ».

Cette nouvelle conception de la nouveauté se rapproche de celle retenue en droit des inventions brevetables. Désormais, la recherche d'antériorité ne se confond plus avec la mise en évidence d'une quelconque activité de création, dont le résultat serait le caractère propre de la chose, ou d'une activité inventive au sens du droit des brevets. La nouveauté est très clairement devenue un concept objectif. Elle s'entend de la différence par rapport à un état de l'art ou de la culture, aussi irréel soit-il<sup>68</sup>. Quand à la divulgation, elle peut être réalisée par tout professionnel (communautaire) suffisamment averti et non tenu au secret.

#### b – La nouveauté au sens du droit d'auteur

Face à la confusion qui semble régner en la matière, on ne peut que constater l'étrange lien qui semble unir la nouveauté et l'originalité. La nouveauté ne devrait avoir qu'une place relative en droit d'auteur. Mais la réalité montre un visage bien différent, car non seulement la nouveauté est bien présente dans ce domaine mais elle a tendance à s'y installer définitivement. Dès lors, avant toute conclusion, il faut s'interroger sur le sens du terme « *nouveauté* » en droit d'auteur.

<sup>68</sup> Ainsi par exemple a-t-il été jugé qu'un emblème appartenant au fonds commun de la franc-maçonnerie ne remplit pas la condition de nouveauté. (Paris, 21 mai 2002, RIDA janvier 2003, p. 257, observations Kerever).

La tâche n'est pas facile, mais la lecture de la jurisprudence laisse entrevoir une petite brèche. La plupart des arrêts ne permettent pas de conclure à l'existence d'une nouveauté en droit d'auteur. Les décisions rendues sont fréquemment hermétiques, vides de sens véritable. Mais quelques décisions laissent à penser que la nouveauté peut se voir attribuer un sens en droit d'auteur. Très souvent en effet, alors même que le terme nouveauté n'est pas toujours exprimé, se rencontrent des formules telles que « *en l'absence de toute antériorité* »<sup>69</sup> ou bien encore « *aucune antériorité n'étant opposée ou produite aux débats* »<sup>70</sup>. D'autres encore cherchent à exprimer la même idée mais bien moins clairement, se contentant d'un simple visa qui se borne à énoncer que l'œuvre est ou non nouvelle. Mais il faut alors constater que, dans ces décisions, la nouveauté s'entend au sens le plus strict possible. Il n'est pas explicitement ou implicitement fait référence à une quelconque exigence de créativité ou d'originalité. En d'autres termes, en reconnaissant la nouveauté de l'œuvre, nos tribunaux reconnaîtraient seulement que celle-ci ne reproduit pas une œuvre antérieure et qu'en conséquence, l'auteur pourrait prétendre au bénéfice du droit d'auteur.

Ce constat resterait cependant lettre morte s'il n'allait de pair avec un autre. Car, si la nouveauté n'est utilisée que pour mettre en évidence l'absence d'antériorités, à quoi peut elle servir en droits d'auteur ? La réponse est contenue dans certaines décisions, dans lesquelles se trouve une véritable recherche de la nouveauté, présentée comme une condition distincte ou préalable de l'originalité. C'est ainsi que la cour de cassation, dans un arrêt du 16 février 1976, précise que la combinaison d'éléments connus « *donnait aux pots de moutarde une physionomie particulière, sans lien avec la destination pratique de l'objet et témoignant de la part de son auteur de la manifestation d'une recherche d'ordre esthétique ; que, par ces motifs, la cour d'appel n'a pas retenu seulement la nouveauté de l'œuvre, mais a également défini son caractère original au vu d'appréciations qui échappent au contrôle de la cour de cassation* »<sup>71</sup>. De même, un arrêt de la cour de Paris du 13 mai 1987 précise t'il « *Spécialement, aucune antériorité n'est opposée qui puisse affecter la nouveauté de ce dessin dont l'originalité est incontestable* »<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Paris, 5 juillet 1978, Ann 1980, 33 ; Paris, 7 décembre 1988, CDA, janvier 1989, 16.

<sup>70</sup> Paris, 13 mai 1987, D 1988, Som. Com, 203 ; Paris, 6 décembre 1990, CDA, mars 1991, 18.

<sup>71</sup> Cass. Com. 16 février 1976. Bull. Cass. IV. n° 50, 45. Dans le même sens voir : Cass. Civ. 30 avril 1970. Ann. 1970, 231 « *Attendu qu'il est reproché à la Cour d'appel d'avoir fait droit à cette demande sans rechercher si chacun des ensembles fabriqués par Abraham, quoique nouveau, était ou non original* ».

<sup>72</sup> Paris, 13 mai 1987, D 1988, Som. Com, 203.

Partant de là, certaines décisions affirment de manière assez claire qu'une œuvre nouvelle n'est pas toujours originale. Tel est le cas d'un arrêt de la cour de Paris du 16 avril 1992, qui, à propos d'un dessin destiné à illustrer la page de couverture d'un ouvrage informatique, affirme, après comparaison « *que pour être nouveau par certains détails, le dessin de M. Chaix ne présente aucune originalité véritable par rapport à celui qui lui a servi de modèle* »<sup>73</sup>.

Au vu de ces quelques décisions, il devient assez clair que la nouveauté en droit d'auteur pourrait s'entendre comme « *ce qui ne copie pas ce qui est ou ce qui a été* ». Autrement dit, la nouveauté en droit d'auteur ne serait que la simple constatation de l'absence d'antériorité. Par conséquent, et puisque les tribunaux semblent l'affirmer, la nouveauté serait une condition distincte de l'originalité. En poussant un peu plus le raisonnement, on pourrait même affirmer que la recherche de nouveauté serait une condition préalable à celle d'originalité. Elle jouerait alors le rôle d'indice, de soupçon, permettant de caractériser plus facilement l'originalité.

Il est tentant de voir dans cette hypothèse un scénario parfait, mais la simple lecture de la jurisprudence comme de la doctrine montre que malheureusement cette constatation reste bien fragile. Car il ne faut jamais perdre de vue que l'écrasante majorité des décisions n'obéissent pas à cette approche. Comment ne pas se rendre compte que dans la plupart des cas, les formules sont ambiguës, vides de sens, impropres ou même franchement erronées. Tout ceci témoigne d'un malaise profond qui touche les tribunaux. Mais tout est bien sûr lié, car l'ambiguïté de la définition classique de l'originalité a pour conséquence directe l'emploi de la nouveauté, notion plus objective et donc plus simple à manipuler. Ce constat étant fait, il reste à donc apprécier l'originalité du droit d'auteur à l'aune de cette notion de nouveauté si discutée.

### 3 – L'originalité à l'aune de la notion de nouveauté

L'absence de distinction entre originalité et nouveauté est en droit d'auteur un non-sens juridique, car d'un point de vue conceptuel, le droit n'a que faire de deux termes pour désigner une seule et même réalité. En outre, d'un point de vue strictement pratique, l'emploi de ces deux termes n'aboutit qu'à une confusion des plus regrettables. Mais derrière tout cela se cache un problème d'une plus grande ampleur. Depuis que le droit des dessins et modèles a rejoint le droit des brevets dans sa conception de la nouveauté, le droit d'auteur se retrouve bien isolé. Or celui-ci obéit à une

---

**73** Paris, 16 avril 1992, RDPI décembre 1992, 58. Voir également : Paris, 30 juin 1994, PIBD 1994, n° 575, III-516 « *Un objet même nouveau n'est pas original en soi* » ; TGI Seine, 10 novembre 1961, RIDA janvier 1962, 130 « *Un titre n'est pas original par cela seul qu'il est nouveau* ».

logique radicalement différente, dans laquelle seule devrait compter le lien entre l'auteur et l'œuvre, indépendamment de toute considération d'antériorité. Car les enjeux ne sont pas les mêmes. D'un côté, le recours à la nouveauté peut avoir des effets anti-concurrentiels, puisque le premier à avoir créé une œuvre peut interdire à ses concurrents d'en créer et d'en exploiter de semblables, mais à l'opposé, l'originalité permet une libre concurrence. En effet, la condition d'originalité, par son extrême souplesse, permet d'accorder une protection à une large palette d'expressions. Autrement dit, une personne peut toujours exprimer d'une manière personnelle l'idée d'un concurrent et être protégée par le droit d'auteur. L'exemple des deux peintres de Desbois retrouve ici toute son importance.

Pour cette simple raison, la nouveauté devrait être bannie du droit d'auteur. Cependant, si cette opposition est séduisante sur le plan conceptuel, elle n'a jamais eu en pratique la netteté qu'on lui prête parfois. Outre que les deux termes soient tenus pour identiques dans le langage usuel<sup>74</sup>, la doctrine et la jurisprudence donnent elles aussi le mauvais exemple. Mais il est vrai qu'au-delà des incertitudes terminologiques, les deux notions entretiennent des rapports si étroits qu'il est difficile d'imaginer une œuvre qui soit originale sans être nouvelle<sup>75</sup>. En outre, l'évolution des technologies et l'ambiguïté de l'originalité font que la personnalité de l'auteur n'apparaît pas systématiquement dans chaque œuvre. Il est alors séduisant de présumer l'originalité subjective à partir de la nouveauté objective, au risque de changer de logique. C'était là un piège aux allures bien accueillantes, et beaucoup s'y sont laissés prendre. La morale de l'histoire est qu'il ne faut probablement pas trop attendre de lumière de la distinction originalité - nouveauté.

En attendant, et puisque l'originalité et la nouveauté semblent ne pas pouvoir exister l'une sans l'autre, il est peut être trop simple de les distinguer sans concessions. Il est clair que la notion de nouveauté ne doit pas jouer un rôle fondamental en droit d'auteur, mais cela n'empêche pas les tribunaux de s'en servir, à leur guise, comme d'un indice, d'une condition préalable à la mise en évidence de l'originalité. Il s'agit peut être ici d'une utopie, mais un peu de rigueur dans

---

**74** Il suffit pour s'en convaincre de lire la définition du Petit Robert qui précise que l'originalité est « *ce qui paraît ne dériver de rien d'antérieur et constituer un commencement, une nouveauté qui ne ressemble à rien d'autre* ».

**75** Bien qu'il soit partisan d'une séparation stricte des notions, Xavier Linant de Bellefonds résume parfaitement cette relation de voisinage : « *Empreinte personnelle ou apport intellectuel propre sont des notions assises sur l'idée d'une addition à l'existant. Pour autant l'originalité doit bien être distinguée de la nouveauté* ». Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz 2002.

les termes et la méthode pourraient donner des résultats surprenants. Il est grand temps également de clarifier la situation au regard du droit des dessins et modèles. Il ne s'agit pas de remettre en cause la théorie de l'unité de l'art, mais la confusion que celle-ci n'a pas manqué d'entraîner impose une mesure radicale. Il est grand temps de séparer nettement les conditions d'originalité et de nouveauté, car ceux-ci renvoient à deux monopoles qui, s'ils se cumulent, n'en restent pas moins indépendants. Cumul n'étant pas synonyme d'assimilation, la solution passe donc par une application distributive en fonction du monopole invoqué.

La conclusion que l'on pourrait tirer de l'étude de la nouveauté revient en fait à mettre en lumière ce que l'originalité n'est pas, ou plutôt ne devrait pas être. Cette révélation pour le moins capitale ne doit jamais être perdue de vue en matière de droits d'auteur car il s'agit là d'une source de confusion gravement préjudiciable. Pourtant, malgré cet avertissement, il est peu probable que l'originalité puisse un jour se débarrasser de cette sœur jumelle rivale, car le caractère objectif de celle-ci arrange bien des

tribunaux, incapables de cerner la personnalité d'un auteur dans son œuvre. Le recours à la nouveauté est alors une réponse possible et efficace au besoin d'objectivation qui atteint aujourd'hui la conception traditionnelle de l'originalité.

(...)