

Chapitre 1

L'objet de la protection

29. Objet et conditions de la protection. Nécessité de la distinction. La première question à laquelle le juriste spécialisé dans la propriété intellectuelle doit répondre est celle de la définition de son objet d'étude. Sur quoi porte la propriété intellectuelle? Sur une création. Quel est l'objet de cette création dans le droit d'auteur? L'œuvre. Dans le droit des brevets? L'invention. Dans le droit des marques? Un signe distinctif. Il n'y a ici rien de bien difficile. À l'analyse pourtant les choses sont beaucoup plus complexes. Très souvent en effet sont confondues les conditions et l'objet de la protection. Prenons l'exemple du brevet. À considérer les positions de l'Office européen des brevets comme celles des auteurs ayant écrit sur ce droit, tous les cas de figure apparaissent défendus. Les directives adoptées par le Conseil d'administration de l'Office posent très ouvertement, à propos des articles 52 et 57 de la convention de Munich, que « les conditions fondamentales de brevetabilité sont au nombre de quatre: il doit y avoir invention, l'invention doit... » etc.¹ Cette position, de prime abord bien déconcertante, n'est pas seulement le fait de l'Office européen. Certains auteurs considèrent l'invention comme une condition de brevetabilité comme une autre. M. Bertrand souligne ainsi « qu'actuellement, pour être brevetable, une invention doit satisfaire à quatre conditions: être une invention susceptible d'être brevetable, avoir une application industrielle, être nouvelle et présenter un caractère inventif² ». Ces approximations sont bien présentes ailleurs comme par exemple dans le droit des obtentions végétales³. Pourtant une chose est de savoir si nous

1. Directives, C. IV.1.1., p. 36, § 3.

2. A. Bertrand, *Marques et brevets. Dessins et modèles*, Delmas, 1995, p. 99.

3. L'intérêt de distinguer l'objet, des conditions de protection du droit, n'est pas seulement académique. Si le juge ou toute autorité administrative s'interrogeaient avec un peu plus de rigueur sur l'objet de la protection, il ne serait pas utile de solliciter des mécanismes correcteurs, tels que le droit de la concurrence, pour ramener le droit de la propriété intellectuelle à sa juste mesure. L'exemple du célèbre arrêt *Magill* le montre bien. Sur cette décision, cf. *infra* n° 141

sommes en présence d'une création (œuvre de l'esprit, signe distinctif, invention...) une autre si cette création est protégée (originalité, nouveauté, disponibilité...). En matière de droit d'auteur, la Cour de Justice de l'Union distingue bien clairement aujourd'hui la question de la protection des œuvres de l'esprit et celle de l'originalité. On peut ainsi lire dans la décision de la CJUE, *Premier League*, du 4 octobre 2011¹ que « *les rencontres sportives ne sauraient être considérées comme des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres de l'esprit* ». La discussion en amont sur l'existence d'une œuvre de l'esprit précède bien celle de l'aval sur l'originalité.

30. Objet et conditions de la protection. Difficultés de la distinction. Il est vrai qu'il est parfois difficile de distinguer les deux niveaux. Comment doit-on par exemple appréhender la mise en forme dans le droit d'auteur? Comme une condition de protection parce que l'on va dire qu'en présence d'une idée non formalisée, il ne peut y avoir de droit ou comme l'objet de la protection (parce que le droit ne peut porter que sur une forme)? Nous verrons que la nécessité de mise en forme se retrouve aussi dans le droit des brevets avec l'idée que l'invention doit être concrète. Or cette concrétisation rejoint très largement l'application industrielle qui est une condition de brevetabilité. Tout est confondu ce qui augmente les difficultés. Nous avons fait ici le choix de considérer la mise en forme comme l'objet de la protection du droit et nous sommes bien conscients que ce choix peut se discuter.

Quoi qu'il en soit, l'appréhension de l'objet de la protection peut se faire à partir d'une double approche: empirique tout d'abord (I) afin de cerner au mieux ce qui est au cœur du droit d'auteur, ou du droit des brevets. Une approche pragmatique ensuite (II) pour dire exactement ce que le législateur ou le juge ont choisi de protéger.

I. Approche empirique

La propriété intellectuelle couvre une création qui est soit littéraire et artistique, soit industrielle. La création littéraire a pour objet une œuvre dans le droit d'auteur, une invention dans le droit des brevets. Au préalable il est néanmoins impérieux de souligner, quelle que soit la branche de la

1. *Propr. intell.* 2012, n° 12, p. 51, obs. Benabou; CCE 2011, n° 12 comm. 110, Caron; *RTD eur.* 2011, n° 4, chron. Treppoz.

propriété intellectuelle que l'on considère, que les idées ne sont jamais protégées. En d'autres termes la propriété intellectuelle exclut les idées de son champ (1) et retient la protection des créations (2).

1. L'exclusion des idées

31. « *Les idées sont de libre parcours* ». La première exigence, commune à l'ensemble de la propriété intellectuelle, est la nécessité d'une mise en forme, d'une réalisation concrète de l'idée qui préside à la création. Cette exigence est traditionnellement exprimée sous la forme d'un adage, d'une maxime dont il faut savoir mesurer la portée: « Les idées sont de libre parcours ».

32. **Origine de la maxime.** L'idée selon laquelle (sans mauvais jeu de mots) « les idées sont de libre parcours » est au départ une idée doctrinale que l'on trouve formulée en matière de droit d'auteur. Selon Pouillet « la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre¹ ». Un autre grand auteur de propriété littéraire et artistique, Desbois², reprendra ce principe en soulignant que « les idées qu'émettent les historiens, les philosophes, les juristes, sont de libre parcours; ils les offrent à la méditation et à la critique de leurs pairs ». La formule est lancée. Le juge ne cessera de s'y référer dans tous les domaines de la propriété intellectuelle (A), ce qui nécessite quelques explications (B).

A. Manifestations

33. **Droit d'auteur. Copyright.** Le « slogan » selon lequel les idées sont de libre parcours, séduisant, est aussi passablement obscur. Il est dès lors important d'en donner quelques illustrations concrètes en commençant par le droit d'auteur où la référence est la plus présente. Voilà un artiste qui décide d'emballer le Pont Neuf à Paris³. Un photographe reproduit

1. E. Pouillet, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Marchal et Billard, Paris, 1908, p. 45.

2. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 22.

3. Pour un autre exemple dans le domaine de l'art contemporain, Cass. civ 1^{re}, 13 novembre 2008, *Propriétés intellectuelles*, 2009, n° 31, p. 157, obs. J.-M. Bruguière, E. Treppoz, *La nouvelle Eve au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin!* D. 2009 p. 266. L'approche conceptuelle de l'artiste qui consiste à apposer un mot (ici Paradis) sur un lieu particulier (les portes de toilettes) en le détournant du sens commun est une idée. La

le monument enveloppé et cède ses clichés à un éditeur de cartes postales sans autorisation du créateur. Peut-on considérer ce comportement comme une contrefaçon? Une réponse à une telle question présuppose d'admettre que le Pont Neuf emballé est bien une œuvre protégeable par le droit d'auteur. À l'analyse, cela ne fait pas de doute. Le créateur a bien choisi un pont particulier. Il a utilisé certains matériaux et cordages, en emballant l'objet d'une certaine manière, à sa façon. En bref le juge a bien considéré ici qu'il y avait mise en forme originale¹. Quelques mois plus tard le même artiste apprend qu'un créateur enveloppe dans une ville de province les arbres le long d'une avenue et dans un jardin public. Il décide alors d'assigner à nouveau ce créateur en contrefaçon. Ici l'action sera très justement repoussée par les juges² car notre artiste ayant emballé le Pont Neuf ne peut tout de même interdire à tout créateur d'emballer des objets; « l'idée d'envelopper des arbres dans une avenue ou un jardin public » étant de libre parcours, insusceptible d'appropriation.

Dans le droit du copyright américain, le principe est posé dans la loi de 1976 à la section 102 (b) : « *In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work* ». Cette exigence a été mise en avant très fortement dans un arrêt célèbre de la Cour suprême en 1879 *Baker v. Selden*³, rendu à propos de la reprise non autorisée d'un livre de comptabilité présenté sous de simples formes de tableaux, de colonnes... La Cour soulignera que le système (ou le concept) ne peut jamais être protégé par le *copyright* mais seulement son expression. Le droit du Royaume-Uni, de son côté, ne pose nullement dans sa loi cette exigence de distinction des idées et de la forme d'expression (peut-être parce que la liberté d'expression y occupe une place moins importante). Mais il ne fait pas de doutes que ce principe gouverne également le droit du copyright britannique comme

matérialisation de cette idée repose sur les lettres dorées à effet de patine et graphisme particulier apposées sur cette porte à la forme particulière. Bref, la Cour de cassation distingue clairement l'idée et sa mise en forme ce qui ne règle pas toutes les difficultés posées par l'art contemporain où l'idée l'emporte souvent plus que la forme. Pour aller plus loin sur cette question, N. Walaravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporain*. Economica 2005.

1. TGI Paris, 13 mars 1986, D. 1987, Somm. com., 150, obs. Colombet.

2. TGI Paris, 26 mai 1987, D. 1988, Somm. com., 201, obs. Colombet.

3 101 U.S. 99 (1879)

c'est le cas également en France. Dans une décision *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd & Ors* la cour d'appel a pu juger le 14 mars 2007¹, à propos d'un jeu vidéo, que « *If protection for such general ideas as are relied on here were conferred by the law, copyright would become an instrument of oppression rather than the incentive which it is intended to be* ».

34. Propriété industrielle. En droit des brevets, la formule selon laquelle les idées sont de libre parcours se trouve derrière l'exigence de caractérisation des applications concrètes de l'invention comme l'illustre cette célèbre « affaire » de la toile d'amiante. Une société française avait fait breveter une invention portant sur un dispositif qui permettait, par l'utilisation de panneaux en toile d'amiante, d'absorber la résonance sonore afin d'améliorer l'acoustique des salles de spectacle. Accusant une autre société d'exploiter son brevet sans autorisation, un procès en contrefaçon fut l'occasion pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation² de souligner : « En présence d'indications aussi générales, ne faisant connaître, ni la nature du ou des procédés permettant d'utiliser les propriétés de la toile d'amiante pour améliorer l'acoustique dans les salles de spectacle, ni les caractéristiques techniques des dispositifs à employer pour obtenir le résultat recherché, la cour d'appel a décidé à bon droit que l'invention dont s'agit n'était pas brevetable, le brevet portant sur un principe purement théorique dont les applications pratiques ne sont pas précisées ». Nous rejoignons bien ici le principe selon lequel les idées sont de libre parcours. Il n'est pas possible de reconnaître un brevet à un créateur ayant eu l'idée d'améliorer l'acoustique de salles de spectacles au moyen de panneaux en toile d'amiante. Le système imaginé est trop abstrait. Il rejoint ainsi le statut de l'idée dans la propriété littéraire et artistique. La maxime trouve également des applications dans le droit des dessins et modèles. Ne peut en effet bénéficier de l'application de ce droit l'idée d'utiliser les trois couleurs primaires que sont le bleu, le rouge et le jaune pour présenter des jouets³. En bref, la formule de Desbois vaut pour tout le domaine de la création intellectuelle. Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples. Il est plus important de s'interroger sur les justifications de la maxime.

1 EWCA Civ. 219 (jeu vidéo).

2. Cass. com. 31 mars 1954, *Ann. propr. indr.*, 1954, 266.

3. CA Paris, 18 mai 2001, *Juris-Data*, n° 2001-147815.

B. Justifications

35. **Textes.** La maxime selon laquelle « les idées sont de libre parcours » trouve certaines assises textuelles dans le Code de la propriété intellectuelle. Ainsi l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que le droit d'auteur protège les « œuvres de l'esprit, quels qu'en soient... la forme d'expression... » *A contrario* c'est bien dire qu'il faut une forme ou, si l'on préfère, que l'idée n'est pas protégée. En matière de brevets, l'article L. 611-10 2° CPI exclut de la liste des inventions les « découvertes », « principes et méthodes ». Ce raisonnement formel a très certainement ses limites. En matière de droit d'auteur, par exemple, l'on pourrait objecter que le législateur ne visait que les formes d'expression de l'œuvre, orales, écrites, dramatiques, musicales... et non l'opposition à l'idée. Voilà pourquoi il faut aller plus loin dans l'explication.

36. **Esprit. Fonds commun, liberté d'expression, liberté d'entreprendre ?** Dans l'esprit, la non-appropriation des idées est presque de l'évidence pour nombre d'auteurs. André Lucas¹ souligne ainsi, à propos de la propriété littéraire et artistique : « L'exclusion, à la vérité, coule de source, tant il est évident que tous les auteurs puisent à un fonds commun, et s'impose en même temps comme une conséquence de la liberté d'expression ». Il y a ici deux justifications qui méritent d'être approfondies. Le fonds commun auquel il est fait allusion est très certainement le domaine public composé des créations ne pouvant plus être protégées par l'effet du temps (un texte de Molière, une musique de Mozart...). Il peut être également compris comme cet ensemble d'idées à partir desquelles les artistes ou innovateurs créent². La création ne se fait pas en effet à partir de rien, *ex nihilo* même si l'on a démontré, d'un point de vue psychanalytique, que le contrefacteur

1. A. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2004, p. 12.

2. Nous pensons en effet que le fonds commun doit se distinguer du domaine public (qui inclut seulement les biens ayant fait l'objet d'une appropriation). Le fonds commun est plus large que le domaine public. Ce fonds commun peut être rapproché des choses communes du Code civil, en ce sens, J.-M. Bruguière, *Propriétés intellectuelles et choses communes* in *Propriétés intellectuelles et droit commun*, PUAM, 2007 p. 39. Le domaine public de la propriété intellectuelle, quant à lui, ne doit pas être confondu avec le domaine public du droit administratif des biens. Sur cette distinction délicate cf. S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec IRPI, t. 22, 2002.

avait parfois le sentiment profond d'avoir fait preuve d'originalité¹. Le lien avec la liberté d'expression est plus difficile. Nous comprenons bien qu'il est difficile de s'exprimer si l'on ne peut pas librement disposer de ce fonds commun (de la même manière qu'il est difficile de concevoir une liberté d'aller et venir sans domaine public fluvial, maritime ou routier). Il faut être néanmoins plus précis. La liberté d'expression que l'on avance aujourd'hui au soutien de la maxime doit être plutôt comprise comme liberté de création et de recherche (c'est d'ailleurs, sur le terrain des droits et libertés fondamentaux, une des composantes de la liberté d'expression). Cette liberté serait réduite à néant si l'on était contraint de solliciter sans cesse l'autorisation des auteurs ou inventeurs créateurs d'idées. Au-delà de ces deux justifications, tout en restant dans la perspective des droits et libertés fondamentaux, ne pourrait-on pas également songer au fondement de la liberté du commerce et de l'industrie? Il ne faut pas oublier que le statut premier des créations est celui, comme nous l'avons déjà souligné, de la liberté². Cette position s'explique par le fait que les droits de propriété intellectuelle instituent des monopoles d'exploitations qui dérogent à la liberté du commerce et de l'industrie. En ce sens, le principe selon lequel les idées sont de libre parcours serait le synonyme de la liberté d'entreprendre (celle-ci étant une composante de la liberté du commerce et de l'industrie).

37. Valeur de la maxime. Principe général du droit. La maxime selon laquelle « les idées sont de libre parcours » fut au départ, nous l'avons vu, une idée doctrinale. Elle a été rapidement reprise par le juge dans tous les domaines de la propriété intellectuelle (à moins qu'il s'agisse du contraire, la doctrine ayant puisé dans l'observation de la jurisprudence cette règle). Quoi qu'il en soit, cette règle, en suspension dans l'esprit de notre droit, doit aujourd'hui certainement être considérée comme un principe général auquel se réfère le juge (et qu'il n'a pas, à proprement parler, créé). Un principe aux côtés des principes selon lequel « nul ne peut s'enrichir sans

1. Ce que l'on désigne par cryptomnésie, du grec *kruptos* « caché », « secret » et *mnémè* « mémoire », « souvenir », littéralement « souvenir caché ». Biais mémoriel par lequel une personne a le souvenir erroné d'avoir produit une pensée, alors que cette pensée a été en réalité produite par quelqu'un d'autre.

2. Cf. *supra* n° 24

cause aux dépens d'autrui », « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ». Du pouvoir créateur du juge¹...

38. Valeur économique des idées. Dans les domaines où l'idée est bien plus qu'une simple pensée mais d'avantage une valeur économique (que l'on songe à la création publicitaire, aux jeux télévisés...) la protection au titre de la concurrence déloyale ou du parasitisme économique a pu être sollicitée². Au-delà, certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité de mettre en place un droit *sui generis* protecteur de l'idée en tant que telle³. Au regard de la logique économique qui anime la propriété intellectuelle (cf. *supra* n° 24) cette idée nous semble discutable⁴.

2. La protection des créations

Comme nous l'avons souligné, la propriété intellectuelle couvre une création qui est soit littéraire et artistique, soit industrielle⁵. À nous limiter ici au droit d'auteur et au brevet, il faut observer que la création littéraire a pour objet une œuvre (A) et la création industrielle une invention (B).

A. La création littéraire artistique : l'œuvre

39. Le silence du législateur. Qu'est-ce qu'une notion œuvre? Le législateur, alors même que cette qualification est importante, ne dit pas

-
1. *De lege ferenda* se pose la question de savoir s'il ne serait pas opportun de fixer dans le code de la propriété intellectuelle des principes directeurs à l'image de ce qui s'est fait dans le nouveau code de procédure civile. Le droit de la propriété intellectuelle est en proie à un fort mouvement de spécialisation, cf. *supra* n° 20 il serait dès lors utile de rappeler un certain nombre de principes qui figurent en suspension dans notre droit. « Le droit de propriété intellectuelle est une création de l'homme », par exemple.
 2. Protection d'un concept télévisuel (donc d'une idée) Cass. com., 7 févr. 1995, n° 93-14.569, Sté TF 1 c/Sté Antenne 2: *JCP G* 1995, II, 22411, note Ph. le Tourneau
 3. Ph. le Tourneau, Folles idées sur les idées, *Comm. com. électr.*, février 2001, p. 9. Et plus récemment, du même auteur, *L'illustre Gaudissart était visionnaire. De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel soit indirectement par la parasitisme économique, soit de préférence par un droit sui generis à créer.* *Com. com. électr.* 2017, n° 10 Étude 16.
 4. À partir de quelle valeur économique peut-on accorder un droit? (à supposer que l'on puisse mesurer une valeur). À supposer que l'on admette cette idée folle, à quoi bon dois-je m'efforcer de créer une œuvre originale, une invention nouvelle... Sur cette objection essentielle, cf. C. Le Stanc, *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste*, D. 1993 p. 4
 5. Sur cette approche générale, cf. la thèse stimulante de P.-Y Ardoy, *La notion de création intellectuelle*, Thèse, Pau, 2006.