



HAL
open science

La liberté comme vecteur d'épanouissement de la personne en droit d'auteur

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. La liberté comme vecteur d'épanouissement de la personne en droit d'auteur. Carine COPAIN-HERITIER; Frédérique LONGERE. Personne et liberté: de la biologie au droit; état des lieux d'une connexion, 2020, Colloques & Essais, 978-2-37032-227-2. hal-04214426

HAL Id: hal-04214426

<https://hal.science/hal-04214426>

Submitted on 29 Nov 2023

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

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

Copyright

La liberté comme vecteur d'épanouissement de la personne en droit d'auteur

Iony Randrianirina

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Lorraine

Institut François Génys EA 7301

Résumé : L'exaltation des libertés de la personne est le fruit des philosophies du Siècle des Lumières. Par expansion, la liberté d'expression a donné naissance à la liberté de création. À travers le droit d'auteur, c'est surtout la liberté de création qui est garantie. Cependant, l'ascension fulgurante de cette liberté tend à se faire au mépris des droits et libertés des tiers. La question qui se pose naturellement paraît alors légitime : est-il bien nécessaire de protéger la liberté de création, l'épanouissement de la personne, envers et contre tout ? N'est-il pas temps de redescendre la pente pour poser quelques sages limites ? Car une chose est certaine : l'expérience législative et jurisprudentielle a démontré qu'à trop vouloir protéger, l'on finit par porter atteinte à d'autres libertés. La liberté des uns doit certainement s'arrêter où commence celle des autres.

Abstract : The exaltation of human freedoms is the result of the Enlightenment philosophies. By extension, freedom of speech gave birth to freedom of creation. Through copyright, guarantee is especially due to freedom of creation. However, the meteoric rise of freedom tends to be in violation of third parties' rights and freedoms. The question that naturally arises seems legitimate : is it really necessary to protect the freedom of creation, personal development, against all odds ? Isn't it time to go down the slope in order to demand some wise limits ? Because one thing is certain : the legislative and jurisprudential experience has shown that too much protection ends up undermining other freedoms. One's freedom should certainly stop where someone else's begins.

« Les hommes sont vraiment absurdes. Ils n'usent jamais des libertés dont ils jouissent, mais ils réclament celles qu'ils n'ont pas ; ils ont la liberté de pensée, ils demandent la liberté de parole »

Søren KIERKEGAARD, *Œuvres complètes*, 1843

INTRODUCTION

1. Périclès enseignait qu' « il n'est point de bonheur sans liberté »¹. Juste présage, deux mille ans plus tôt — à une époque antique où l'idée même de propriété intellectuelle était inconcevable —, du prestige actuel auquel le statut d'auteur est arrivé, au terme d'une évolution de plus de deux siècles. Un appel vers la liberté qui irrigue tous les domaines de la vie des hommes, et qui, même dans les pays qui se sont très tôt affranchis de l'esclavage et de l'asservissement sous toutes ses formes, a conservé son actualité². À croire que la liberté n'avait toujours pas fini de s'épanouir. Épanouissement de qui et pour quoi au juste ? Depuis l'Antiquité, les « sages » parlent de la liberté humaine. La personne s'épanouit quand elle réussit à affronter un pouvoir despotique, à accepter la mort pour

¹ PERICLES, « Harangue de Périclès prononcée à Athènes en l'honneur des défenseurs de la patrie morts pendant la guerre du Péloponnèse », in *Le Censeur, ou Examen des actes et des ouvrages qui tendent à détruire ou à consolider la constitution de l'État*, MM. COMTE et DUNOYER, éd. Mme Marchant, 1815, t. 4, partie 2 : « Ouvrages de législation, de politique et de morale », p. 100.

² Mark Twain, dans une Amérique incarnant la liberté, n'écrivait-il pas, il n'y a pas si longtemps : « Dans vingt ans, vous serez plus déçu par les choses que vous n'avez pas faites, que par celles que vous avez faites. Alors, sortez des sentiers battus. Mettez les voiles. Explorez. Rêvez. Découvrez » ? (M. TWAIN, *Les aventures de Huckleberry Finn*, 1884).

ne pas renier sa foi, ou à refuser de collaborer avec un système qu'elle réprouve. Mais qu'entend-on par « personne » ?

2. Le présent recueil s'insère dans la continuité de travaux collectifs, au sein de l'UCLy, sur la notion de personne. Cette dernière ayant donc déjà fait l'objet d'une étude, il apparaît cohérent de reprendre ici les quelques opinions avancées lors des journées d'étude y afférentes ³. Ainsi, M. Labbé ⁴ relève deux conceptions de la personne : une conception matérialiste selon laquelle tout être humain vivant doit être qualifié de personne ⁵, définition contestée par Mme Petit — qui estime que « la personne juridique [étant] davantage que l'être humain, il faut lui ajouter l'existence sur la scène juridique » ⁶ —, mais qui rejoint celle des philosophes ⁷ et du droit romain affirmant que les personnes sont les hommes (*homines*) ⁸ ; et une conception spiritualiste définissant la personnalité juridique comme une qualité abstraite, immatérielle à l'image de l'âme, que le législateur n'accorde qu'aux êtres qu'il souhaite voir agir sur la scène juridique ⁹. Quoi qu'il en soit, dans l'étude du thème circonscrit à la personne et à la liberté, et plus précisément dans une analyse du lien unissant l'auteur à son œuvre, la personne doit nécessairement être entendue au sens de personne physique, mais en retenant les deux conceptions à la fois matérialiste et spiritualiste de M. Labbé. En effet, la loi ne reconnaît aucun droit d'auteur à une machine ¹⁰. D'ailleurs, ne dit-on pas « œuvre de l'esprit » pour parler des œuvres protégées par le droit d'auteur ? Les attributs moraux des droits de l'auteur, dans les pays où ils sont légalement reconnus, consacrent l'existence d'un lien intime et permanent

³ Même s'il faut reconnaître, avec Mme Petit, que « si la personne est une notion inhérente au droit, elle n'est pas véritablement définie par lui. Aucun code ne précise le sens de la notion. En outre, si la personnalité juridique est assez bien cernée par les dictionnaires juridiques, et appréhendée comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, la notion de personne l'est quant à elle beaucoup moins et lorsqu'un effort est fait pour l'aborder, elle est couramment définie par ses conséquences plus que par sa qualification propre » (C. PETIT, « La notion de personne au sens juridique », *Dr. fam.* 2012, n° 9, dossier 3, n° 3).

⁴ X. LABBE, « La personne, l'âme et le corps », *Les Petites Affiches*, 2002, n° 243, p. 5.

⁵ L'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 pose le principe selon lequel « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie », tandis que l'article 16 du Code civil dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ».

⁶ C. PETIT, « La notion de personne au sens juridique », op. cit.

⁷ Selon les philosophes, la personne est « un individu, c'est-à-dire un être substantiel et indivisible portant la nature humaine qui le détermine en la particularisant » (Y. PLANTIER, « La notion de personne au sens philosophique », *Dr. fam.* 2012, n° 9, dossier 2, n° 5).

⁸ E. LAZAYRAT, « La distinction des personnes et des choses », *Dr. fam.* 2013, n° 4, étude 5, n° 4.

⁹ C'est cette qualité que les juristes appellent « sujet de droits ». Cette qualité serait de surcroît si abstraite qu'elle peut exister indépendamment de tout « corps humain » pour la supporter — ainsi des personnes morales qui sont des sujets sans corps. Autrement dit, une personne est qualifiée ainsi non en raison de ce qu'elle dispose d'un corps vivant, mais plus simplement parce que le législateur lui donne une qualité de sujet de droits qui lui permet d'être créancier, débiteur, d'agir en justice, et qui est identifiée par un nom, un domicile et un état civil.

¹⁰ F. SIIRIAINEN, « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Prop. ind.* 2010, n° 10, dossier 9, n° 22 : « La création réalisée par une machine ne peut être originale — et constituer une œuvre protégée — qu'à la condition qu'une volonté humaine ait pu s'entremettre dans le fonctionnement de la machine pour aboutir à la forme finale ».

entre l'auteur et son œuvre. C'est ainsi qu'un auteur a pu écrire que la raison d'être du droit moral est l'existence de ce lien extrapatrimonial, suivant un processus psychique : « n'est-ce donc pas dévoyer le droit moral que de l'attribuer à une personne morale, incapable par essence de créer ? » ¹¹. Qu'entend-on maintenant par « liberté » ?

3. Les juristes abordent la liberté sous un angle très différent de celui des théologiens, des philosophes et des scientifiques. Être libre, en droit, « suppose que l'on puisse agir sans entraves et sans avoir, non plus, à faire preuve d'héroïsme » ¹². La liberté juridique est donc le droit reconnu actuellement par l'État d'exercer une activité déterminée à l'abri de pressions extérieures ¹³. Ainsi, plutôt que de circonscrire un principe de liberté, on s'attache à consacrer les principales facettes de la liberté. Dès lors, les libertés individuelles, comme leur nom l'indique, sont protégées au bénéfice de la personne humaine entendue comme un individu membre de la société. L'exaltation des libertés individuelles, en particulier la liberté d'expression, est le fruit des philosophies du Siècle des Lumières, en vue de l'épanouissement de la personne. Par expansion, la liberté d'expression a donné naissance à la liberté de création mise en œuvre grâce à l'industrialisation et à l'invention de l'imprimerie ¹⁴. Le droit d'auteur est né, à l'heure où sonne le glas de la Révolution. Il s'agit, diront les jusnaturalistes, d'un droit naturel de l'auteur sur le fruit de son travail intellectuel ¹⁵. Ni les positivistes ni les utilitaristes ne contrediront cette qualification, faisant désormais du droit d'auteur un droit fondamental, un droit de l'Homme. L'heure est maintenant venue de définir ce qu'il faut entendre par auteur.

4. La loi ne définit pas ce qu'est un auteur, ni ce qu'est une œuvre. Ce qui peut se comprendre quand on sait que l'auteur est en réalité un concept né à la fin de l'Ancien Régime, contrairement à la personne, née de l'être humain lui-même. Kant appréhendait l'auteur comme un représentant de l'humanité et son discours comme l'expression de la liberté ¹⁶. Sur la scène révolutionnaire, l'auteur est symbole de liberté, il s'émancipe de la fiction, il n'est plus « littéraire », il prétend agir ¹⁷. Comme l'écrit M. Edelman, « au-delà de ses excès et de ses horreurs, la Révolution française a montré la voie de la liberté

¹¹ A. ZOLLINGER, « La création, visions plurielles, valeur universelle ? », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 136 et s.

¹² J. MORANGE, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, V° Liberté, Lamy, Puf, 2003, p. 946.

¹³ Dans la Constitution de 1791, le deuxième paragraphe du titre premier garantissait comme droits naturels et civils plusieurs facettes de la liberté dont la liberté d'aller et venir, la sûreté, la liberté d'expression, de religion, etc.

¹⁴ L'accroissement des copies d'œuvres éditées et commercialisées sans l'autorisation des imprimeurs privilégiés fut l'occasion pour les souverains d'octroyer des monopoles temporaires aux imprimeurs en faisant la demande. Les imprimeurs eux-mêmes prétendirent alors qu'ils tenaient en réalité leur droit exclusif d'édition des auteurs qui leur cédaient leurs manuscrits.

¹⁵ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation*, 1879, Marchal et Billard, p. 16 à 20.

¹⁶ Il est, selon les philosophes des Lumières, « essentiellement, un émetteur de vérité, un émetteur de raison, un diffuseur de normes (...). Pour lui-même, son moi représente la liberté de parole qu'il reconnaît au genre humain (...) » (B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, Essai Seuil, 2004, p. 311 et s.).

¹⁷ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, op. cit., p. 337 et s.

et de l'émancipation des hommes » ¹⁸. La définition juridique de l'auteur, quant à elle, absente des textes légaux et réglementaires, relève donc d'une tâche jurisprudentielle. Le juge évoque souvent l'auteur comme celui qui crée une œuvre de l'esprit dont la forme est suffisamment originale pour recevoir la protection de la loi.

5. À travers le droit d'auteur, véritable propriété intellectuelle, c'est surtout la liberté de création qui est garantie. La loi et la jurisprudence protègent la personne de l'auteur à travers sa liberté de créer. Cette protection va de plus en plus grandissante, la liberté de création supplantant toutes autres considérations et tous autres droits subjectifs ¹⁹. Ce qui ne peut aller, une fois de plus, que dans le sens de l'épanouissement de la personne de l'auteur qui se voit autoriser davantage de liberté d'expression et de création. Cette liberté de l'auteur qui va crescendo est-elle propre à nos sociétés occidentales ?

6. Les recherches qui ont abouti à la présente étude démontrent que l'idée selon laquelle l'épanouissement de la personne de l'auteur passe par sa liberté est une idée universelle (I). Cependant, cette liberté ne devrait pas être poussée à son paroxysme, au risque de nuire aux tiers (II).

I. LA LIBERTÉ COMME VECTEUR UNIVERSEL DE L'ÉPANOUISSEMENT DE LA PERSONNE

7. L'idée selon laquelle la liberté est un vecteur d'épanouissement de la personne de l'auteur est vérifiée aussi bien en Occident (A) qu'en Orient (B).

A. L'évolution de la liberté en Occident

8. Cette idée n'a pas toujours eu cours dans les anciennes sociétés occidentales (a) ; elle est apparue avec les philosophies judéo-chrétiennes (b).

a. Une idée inexistante dans les anciennes sociétés occidentales

9. Dans les cultures occidentales, l'auteur, contrairement à la personne, n'a pas existé de tous temps. Il s'agit d'un concept inventé vers la fin du Moyen-Âge. Alors si la naissance de l'auteur est toute récente, sa liberté l'est de toute évidence encore plus. L'Antiquité gréco-romaine ne connaissait pas la notion d'auteur, en raison du fait que l'artiste se fondait dans une sorte de mémoire collective où ses qualités individuelles s'estompaient et disparaissaient. L'Antiquité n'a délégué aucune parcelle de souveraineté, n'a permis aucune constitution d'un espace individuel où aurait pu se développer une conscience de soi. Dans ces conditions, parler d'un « droit d'auteur »

¹⁸ Ibidem, p. 346.

¹⁹ La dernière loi française en date a été votée le 7 juillet 2016 (Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JO n° 0158 du 8 juillet 2016). Selon l'article 3 de ce texte, la politique en faveur de la création artistique poursuit les objectifs suivants : la création d'œuvres d'expression originale française (1°) ; favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines de la création artistique (2°) ; de la diversité de la création et des expressions culturelles (3°) ; de la liberté de diffusion artistique (4°) ; du choix des pratiques culturelles et des modes d'expression artistique (5°). Il est demandé aux collectivités territoriales de favoriser les activités de création artistique pratiquées en amateur (6°).

aurait été une absurdité ²⁰. Pour les Romains, ce qu'on appelle aujourd'hui les œuvres étaient des biens communs dans lesquels chacun pouvait puiser à loisir. L'auteur se comportait ainsi comme une sorte de mécène. Aucune référence à un droit de propriété n'était envisagée, en revanche, un droit de paternité était reconnu à l'auteur ²¹. Les écrits ou les pensées, souvent anonymes, étaient considérés comme une ressource ordinaire. Chacun pouvait les corriger, les remodeler, les compléter, les améliorer, les annoter ²².

10. Plus tard, dans les sociétés chrétiennes médiévales, l'auteur restait généralement conçu comme un auxiliaire de celui qui est reconnu comme l'unique créateur, Dieu. Le ministère de l'intellectuel médiéval consistait précisément à diffuser et à partager le savoir car c'était un don de Dieu ²³. Si la propriété intellectuelle de l'auteur n'était pas reconnue comme lui étant exclusive et inviolable, c'est parce que le moi – la conscience de soi – était ignoré de l'époque. L'auteur était considéré comme un « expérimentateur du monde » ²⁴. L'auteur jouait le rôle de garantie puisqu'il exprimait une parole non pas singulière mais commune. La singularité était donc accidentelle, exceptionnelle ²⁵.

11. Si l'idée de l'épanouissement de la personne grâce à la liberté individuelle était absente des anciennes sociétés occidentales, c'est parce qu'elle est le fruit des philosophies judéo-chrétiennes.

b. Une idée d'origine judéo-chrétienne

12. L'auteur tel qu'on l'entend aujourd'hui juridiquement est en réalité fruit d'un long processus d'individualisation qui a traversé l'Occident chrétien, car au fond, la nature juridique de l'homme fondée sur la liberté est une idée d'origine chrétienne ²⁶. Dans l'Antiquité, en effet, les Romains envisageaient l'homme au regard de ses différentes qualités, fonctions et statuts : l'homme était libre ou esclave, père ou fils, etc. Le droit romain ignorait donc la nature universelle de l'homme, car les Romains étaient polythéistes. Pour les Chrétiens médiévaux, au contraire, le postulat selon lequel l'homme est à l'image de Dieu relève d'une perception universelle ²⁷. Dans la Bible, la libération des Hébreux de l'esclavage en Égypte est considérée comme un moment clé des religions juive et chrétienne ²⁸. Pourtant, cette invitation à la liberté a commencé bien plus tôt dans

²⁰ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, op. cit., p. 47 et 48.

²¹ Ibidem, p. 49 et s.

²² P. BOURGAIN, « L'édition des manuscrits », in *Histoire de l'édition française*, sous la direction de R. CHARTIER et H.-J. MARTIN, Fayard, 1989, t. I, p. 54 : « Les ajouts, notes, réflexions personnelles s'ajoutent dans la marge, entre les lignes, comme des marques d'usure et de service, non comme des corps étrangers ».

²³ G. POST, K. GIOCARINIS et R. KAY, *The medieval heritage of humanistic ideal* : « *scientia donum dei est, unde vendi non potest* », Traditio, 1955, p. 197 et s.

²⁴ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, op. cit., p. 53 et s.

²⁵ Ibidem, p. 78.

²⁶ DOMAT, *Traité des lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689.

²⁷ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, op. cit., p. 184 et s.

²⁸ É. BOONE, « Création divine et création humaine : regard chrétien », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 68.

l'histoire judéo-chrétienne, avec la manifestation divine à Noé puis à Abraham. Elle est continuée par le message de Jésus de Nazareth qui exhorte ses disciples à la liberté spirituelle ²⁹.

13. L'individualisation, quant à elle, est née de la tendance des hommes à s'observer et observer les autres. C'est ainsi qu'Érasme, dans son traité de civilité *De civilitate morum puerilium*, publié en 1530, écrivait que la grâce de l'âme doit se traduire par une grâce de l'apparence, et l'auteur de préconiser de faire plus attention à autrui. Les hommes, se modelant eux-mêmes, se mirent alors à modeler également les autres ³⁰. En Angleterre, l'individualisme a été porté par John Locke qui prônait un jusnaturalisme moderne : selon lui, l'homme est originairement et de droit naturel propriétaire de sa personne et de son travail ³¹. Or, Locke part du principe d'un commandement divin de travailler la terre donnée en commun aux hommes. De ce travail résulte donc une propriété individuelle « de droit divin » ³².

14. Cette liberté de l'auteur permet de distinguer l'œuvre des autres artefacts humains, et éclaire la notion d'originalité et de personnalité de l'auteur dans la définition donnée par certains auteurs ³³. Pourtant, l'ironie de l'histoire veut que la théorie du droit naturel de propriété intellectuelle de l'auteur sur son œuvre soit pour l'essentiel, non le fruit d'une revendication des auteurs eux-mêmes, mais une invention des libraires de Paris destinée à légitimer leur monopole ³⁴. La liberté a en effet été politiquement utilisée, en Occident, aux fins de consacrer juridiquement les droits d'auteur. En Orient, cependant, l'évolution de la liberté comme vecteur d'épanouissement n'est constatée que dans certaines régions.

B. L'évolution de la liberté en Orient

15. L'idée individualiste selon laquelle la liberté est un vecteur d'épanouissement de la personne de l'auteur n'existait pas dans les anciennes sociétés orientales (a), où il a fallu qu'elle soit importée d'Occident pour pouvoir s'y développer (b).

a. Une idée inexistante dans les anciennes sociétés orientales

²⁹ Cf. notamment *La Bible*, Ga 5, 1 : « C'est pour que nous soyons vraiment libres que Christ nous a libérés. Tenez donc ferme et ne vous laissez pas remettre sous le joug de l'esclavage » ; « Si vous demeurez dans ma parole, vous êtes vraiment mes disciples, vous connaîtrez la vérité et la vérité fera de vous des hommes libres » (*La Bible*, Jn 8, 31-32 et 36).

³⁰ Deux siècles plus tard, Jean-Baptiste DE LA SALLE estimait que « Comme nous devons considérer nos corps comme des temples vivants, où Dieu veut être adoré en esprit et en vérité, et des tabernacles que Jésus-Christ s'est choisis pour sa demeure, nous devons aussi, dans la vue de ces belles qualités qu'ils possèdent, leur porter beaucoup de respect » (« Les règles de la bienséance et de la civilité chrétienne divisé en deux parties à l'usage des écoles chrétiennes », in *Cahiers lasalliens*, Rome, 1703, n° 19).

³¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690, rééd. Flammarion, 1992, p. 164 et s.

³² *Ibidem*, p. 169.

³³ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993, 3681.

³⁴ L. PFISTER, *L'auteur propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, thèse Strasbourg, 1999.— F. RIDEAU, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, Puam 2004.

16. La philosophie musulmane primitive de l'Hégire ignorait le concept d'auteur en tant que créateur libre, alors même qu'un embryon de droit moral de paternité fut conçu à une époque pré-islamique. Des concours de poésie et des duels oratoires étaient alors organisés dans les souks, et les poèmes gagnants étaient reproduits en lettres d'or sur soie d'Égypte et accrochés sur les murs de la Kaaba. Jusqu'à l'apparition de l'islam, il était d'usage de mentionner le nom de l'auteur quand les poèmes étaient récités en public ³⁵. Le plagiat fut même considéré comme une action déshonorante ³⁶.

17. Le droit islamique naissant ignorait le droit d'auteur en tant que droit subjectif, la notion de droits patrimoniaux étant absente du *fiqh*, l'effort intellectuel à la source de l'élaboration du droit. Il appartient alors aux docteurs de la loi de se prononcer sur l'appréhension juridique de la création. Or, deux écoles se sont affrontées sur la notion même de création d'origine humaine : l'école jabrite à l'origine du déterminisme, et l'école mu'tazilite à l'origine de la doctrine du libre arbitre de l'homme ³⁷. À la suite de Jahm ibn Safwân, les Jabrites ³⁸ estiment que la personne humaine, créée *ex nihilo* par Dieu, ne saurait être responsable de ses actes. Ses comportements étant ainsi involontaires, elle n'a ni pouvoir, ni libre-arbitre. Elle se cantonne dans un rôle d'obéissance à la volonté de Dieu. Puisque les décisions humaines sont irréflechies, elles ne sont que l'expression de la volonté divine ³⁹. Cette thèse, adoptée par l'école traditionniste ou salafiste, est fondée sur certains versets coraniques ⁴⁰. Selon ce courant, l'idée d'un auteur propriétaire de son œuvre ne saurait se concevoir, en l'absence de liberté de penser. Si la personne est dépourvue de liberté, aucun rôle ne peut lui être attribué dans le processus de création ⁴¹. Il faudra attendre l'influence des philosophes grecs et occidentaux pour inverser ce mouvement vers l'acceptation d'une liberté individuelle par les Mu'tazilites, tenants d'une doctrine du libre arbitre de l'homme.

18. Cette distance par rapport à la liberté individuelle se retrouve également dans la Chine ancienne. Dans le domaine purement artistique, la création est traditionnellement envisagée par les Chinois selon le modèle Yin et Yang ⁴². Même après le Moyen-Âge,

³⁵ M. AYROUD, *Contribution à la création de la doctrine musulmane du droit d'auteur*, thèse dactyl., Poitiers, 17 mars 2017, p. 41 et s., n° 14.

³⁶ A.H. KHOURY, « Ancient and islamic sources of intellectual property protection in the Middle East: a focus on trademarks », *IDEA: The Journal of Law and Technology*, n° 43, 2003, p. 153 et s. ; B. H. MALKAWI, « Intellectual property protection from a Sharia perspective », *Southern Cross University Law Review*, vol. 16/2013, p. 99 et s.

³⁷ M. AYROUD, *Contribution à la création de la doctrine musulmane du droit d'auteur*, op. cit., p. 347 et s., n° 277 et s.

³⁸ Du mot *jabr*, doctrine de la contrainte et du déterminisme (M. EL-SHAKANKIRI, « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *RIDC* 1981, vol. 33, n° 3, p. 776 et s.).

³⁹ M. AYROUD, « La notion de création dans la pensée philosophique musulmane », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 77 et s.

⁴⁰ Cf. notamment *Le Coran*, 37 : 95-96 : « Adorez-vous ce que vous sculptez alors que c'est Dieu qui vous a créés, vous et ce que vous faites ? ».

⁴¹ A. ZOLLINGER, « La création, visions plurielles, valeur universelle ? », op. cit., p. 134.

⁴² LAI KUEN KWONG, *Qi chinois et anthropologie chrétienne*, L'Harmattan, 2000, p. 91 : « La vie spirituelle de l'artiste ne se réalise avec plénitude que dans une union totale et une communion harmonieuse avec tout l'univers ».

contrairement à la réception occidentale tardive de l'œuvre de l'esprit, « la culture artistique chinoise est caractérisée par l'idée de l'interaction continue entre l'univers, l'auteur, l'œuvre et le public »⁴³. Ainsi, au lieu de rechercher l'originalité telle qu'entendue en droit d'auteur dans les pays occidentaux, « le perfectionnement de soi ne pourra être réalisé qu'à condition de suivre les normes éthico-sociales universellement établies »⁴⁴, conformément aux vertus confucianistes⁴⁵. L'appropriation de l'œuvre était donc perçue comme une « dénaturation du devoir fondamental de l'auteur »⁴⁶. Ici également, c'est l'arrivée des Occidentaux qui transformera le statut de l'artiste, par la création d'un véritable marché de l'art asiatique⁴⁷. Aujourd'hui encore, l'esprit de la loi chinoise sur le droit d'auteur, adoptée le 9 septembre 1990, souligne la vocation sociale de l'œuvre, qui est l'éducation du peuple et le développement culturel. L'idée de protéger les œuvres de l'esprit a donc une origine purement occidentale.

b. Une idée d'origine occidentale

19. Il a été exposé plus haut que les philosophies musulmanes du premier siècle de l'Hégire n'accordaient à la personne aucun pouvoir de création qui serait né d'une liberté individuelle. À contre-courant de ce mouvement jabrite, et donc en réaction de rejet du déterminisme, les Mu'tazilites prônent au contraire le postulat selon lequel l'homme est pleinement responsable de ses actes : si Dieu est à l'origine de la création de la matière dont les corps sont faits, ce sont bien les hommes qui leur donnent leur forme, et l'acte de foi ou d'impiété ne relève que du libre arbitre de l'homme⁴⁸. Or, le mu'tazilisme est un courant de libre pensée influencé par la philosophie grecque et les idées judéo-chrétiennes⁴⁹, même s'il se fonde, à l'instar du jabrisme, sur des versets coraniques⁵⁰. En réponse à la question sur le statut des pécheurs, Wâsel ibn Atâ', fondateur du mu'tazilisme vers l'an 718 de notre ère, estime qu'il est impossible que Dieu ordonne aux hommes de mal se comporter. Ce qui dote désormais la personne d'un pouvoir d'agir autonome⁵¹. La personne peut alors s'attribuer un rôle créateur en accédant au statut

⁴³ H. LE LI THIEN, « Création et culture chinoise : l'impact de l'idée d'interaction Yin/Yang », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 115 et s.

⁴⁴ Ibidem, p. 117.

⁴⁵ La doctrine enseignée par Confucius mettait en effet l'art au service de l'éducation du peuple, comme instrument des lettrés, contribuant ainsi à maintenir le bon fonctionnement de la société.

⁴⁶ H. LE LI THIEN, « Création et culture chinoise : l'impact de l'idée d'interaction Yin/Yang », op. cit., p. 118.

⁴⁷ É. JANICOT, « Les naissances de l'art moderne chinois (de la chute de Qing à la République populaire) (1911-1949) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 1987/2, n° 34-2, p. 231.

⁴⁸ M. AYROUD, *Contribution à la création de la doctrine musulmane du droit d'auteur*, op. cit., p. 352 et s., n° 283 et s.

⁴⁹ Ch. BOUAMRANE, *Le problème de la liberté humaine dans la pensée musulmane (solution mu'tazilite)*, Librairie philosophique J. Vrin, 1978, p. 52.

⁵⁰ Cf. notamment *Le Coran*, 16 : 90 : « Dieu ne commande point la turpitude » ; *Le Coran*, 7 : 28 : « Dieu commande l'équité, la bienfaisance ». — Cf. également Abdul JABBAR IBN AHMAD, *Charh al-ousûl al-khamsah*, commenté par A. OTHMAN, 3^e éd., Maktabet Whabah, Le Caire, 1996, p. 354 et s.

⁵¹ M. AYROUD, « La notion de création dans la pensée philosophique musulmane », op. cit., p. 83 et s.

d'auteur à part entière⁵². Par la suite, Ibn Khaldûn, un philosophe du XIV^e siècle, proclame que le droit naturel de l'Homme de conserver sa vie comprend le droit de s'approprier, par son travail, les choses utiles à son existence⁵³. D'aucuns le considèrent là comme un digne précurseur de Locke⁵⁴, au point que les Mu'tazilites ont été considérés comme une sorte d'anomalie au sein de l'histoire intellectuelle islamique⁵⁵.

20. Aujourd'hui, le droit islamique distingue deux finalités du droit d'auteur selon que l'on se place du côté de la doctrine de la théorie sociale de la propriété intellectuelle ou du côté de celle qui considère le droit d'auteur comme une propriété naturelle. Les tenants de la première école, surtout les hanafites, influencés par l'analyse économique du droit, contestent toute idée de propriété exclusive de l'auteur sur l'œuvre de l'esprit. Sur le fondement de l'intérêt public de la société, en effet, le droit du créateur sur son œuvre est conçu comme une récompense octroyée par la société ou comme un monopole légal incitant les auteurs à créer de la richesse intellectuelle répondant aux besoins du marché⁵⁶. Les tenants de la seconde école se fondent au contraire sur l'intérêt général comme finalité suprême de la charia, laquelle consiste à favoriser l'épanouissement de l'auteur et sa création. La doctrine musulmane met en effet l'accent sur l'idée que l'homme est la valeur suprême et la finalité de la charia, dont le but principal est de promouvoir le bien-être et le bonheur⁵⁷. Or, force est de constater que les deux doctrines ont toutes deux été influencées par les philosophies occidentales : la première est inspirée des thèses utilitaristes tandis que la seconde prend ses racines dans les idées rationalistes.

21. Il est également possible d'imputer l'adoption du droit d'auteur chinois actuel aux influences occidentales, la Chine ayant été contrainte d'adhérer à la Convention de Berne au moment de son entrée dans l'Organisation Mondiale du Commerce en 2001. Les historiens occidentaux n'hésitent d'ailleurs pas à observer que les lettrés confucéens « pratiquent la peinture de façon totalement désintéressée, pour leur seul plaisir, comme un moyen d'expression personnelle ou d'accomplissement de soi »⁵⁸.

⁵² K. TOUBA, *Le travail dans les cultures monothéistes – Judaïsme, christianisme, Islam de l'Antiquité au XVIII^e siècle*, L'Harmattan, 2006, p. 91.

⁵³ IBN KHALDUN, *Discours sur l'Histoire universelle, Al-Muqaddima*, traduit par V. Monteil, éd. Thésaurus-Sindbad, Beyrouth, 1997, p. 603 et s.

⁵⁴ M. AYROUD, « La notion de création dans la pensée philosophique musulmane », op. cit., p. 93 et s.

⁵⁵ Ch. BOUAMRANE, *Le problème de la liberté humaine dans la pensée musulmane (solution mu'tazilite)*, Librairie philosophique J. Vrin Paris, 1978, p. 52 ; M. A. AMIR-MOEZZI et S. SCHMIDTKE, « Rationalisme et théologie dans le monde musulman médiéval, Bref état des lieux », *Revue de l'histoire des religions*, 2009, n° 4, p. 622.

⁵⁶ M. AYROUD, *Contribution à la création de la doctrine musulmane du droit d'auteur*, op. cit., p. 400 et s., n° 327 et s.

⁵⁷ J. MAÏLA, « La notion d'intérêt général dans la pensée musulmane classique », in *Essai historique sur l'intérêt général, Europe, Islam, Afrique coloniale*, sous la direction de S. MAPPA, Publication n° 8 du Forum de Delphes, 1997, p. 147.

⁵⁸ M. PEYTAVIN, « L'impact de la commande sur la pratique de l'artiste amateur dans la peinture chinoise », in *La question de l'art en Asie orientale*, sous la direction de F. BLANCHON, Presses Paris Sorbonne, 2008, p. 186.

22. Si l'idée de la liberté comme vecteur d'épanouissement de la personne a connu une expansion universelle, c'est par un processus naturel qu'elle peut conduire à nuire aux droits des tiers lorsqu'elle est portée à son paroxysme.

II. LA LIBERTÉ EXACERBÉE COMME VECTEUR DE NUISANCE AUX TIERS

23. Le constat des risques de nuisance attribués à la liberté exacerbée de l'auteur (A) conduit à plaider pour l'adoption de limites à la liberté de l'auteur (B).

A. Le lien de causalité entre les nuisances et l'expression de la liberté exacerbée

24. C'est en Occident que les droits exclusifs de l'auteur se retrouvent dans leur forme la plus exacerbée (b). Cette évolution est sans doute le fruit des philosophies des Lumières (a).

a. L'évolution de la liberté de l'auteur

25. L'Angleterre du XVIII^e siècle a construit la théorie du génie : l'homme de génie est un inventeur qui ouvre de nouveaux espaces à l'esprit humain. Il quitte la tradition et navigue vers d'autres horizons. Un auteur ne doit pas imiter, mais au contraire donner libre cours à son imagination, en ayant recours à son intuition, à la nouveauté⁵⁹. Ce qui n'est pas sans rappeler l'appel à la liberté de Mark Twain. Individualisme juridique et individualisme esthétique sont alors combinés dans la philosophie du siècle des Lumières⁶⁰. Diderot soutenait ainsi que l'œuvre s'origine dans la propriété naturelle et originaire de l'homme, à savoir sa personne, sa « substance », son « âme », si bien qu'originale, elle n'en est que le prolongement⁶¹. Près d'un siècle plus tard, Portalis confirmera que l'œuvre est « une propriété par nature, par essence, par indivisibilité de l'objet et du sujet »⁶². Affinant enfin la conception de l'œuvre, Pouillet alléguera que l'œuvre consiste « dans une création, c'est-à-dire dans la production d'une chose [...] qui est tellement personnelle qu'elle forme comme une partie » de son auteur⁶³.

26. Des recherches en sciences de la philosophie aboutissent au constat suivant lequel « tout créateur se surévalue nécessairement pour ne pas sombrer »⁶⁴. Même en matière de création au sens large, notamment dans les disciplines scientifiques, le créateur commence par dire « je » pour émettre des hypothèses dites « personnelles »⁶⁵. Il faut toutefois relativiser et distinguer l'individualisme des Lumières de l'ego au sens

⁵⁹ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, op. cit., p. 211 et s.

⁶⁰ A. STROWEL, « Liberté, propriété, originalité : retour aux sources du droit d'auteur », in *Profils de la création*, sous la direction de B. LIBOIS et A. STROWEL, Publ. des FUSL, 1997, p. 141.

⁶¹ D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, 1766.

⁶² PORTALIS, Chambre des pairs, séance du 25 mai 1839, *Archives parlementaires*, t. 124, p. 644.

⁶³ E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 19.

⁶⁴ J.-L. VIEILLARD-BARON, « Les différentes phases de l'acte créateur », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 165.

⁶⁵ Ibidem, p. 165.

narcissique du terme ⁶⁶. L'artiste, en créant, se projette dans son œuvre, et ainsi, « le moi du créateur s'invente un autre moi, à la fois idéal et toujours singulier, et se perdant en lui, il se conquiert en lui » ⁶⁷. Une précision observée dans les sociétés occidentales : « pour être créateur, il est une quête de soi du créateur lui-même qui ne s'arrête jamais à aucune de ses œuvres, qui fait plutôt le deuil toujours renouvelé de chacune de ses œuvres » ⁶⁸. Le postulat peut conduire à la conclusion que « créer, c'est toujours lutter contre la mort » ⁶⁹. C'est ainsi que les droits exclusifs de l'auteur ont pris en Occident leur forme la plus exacerbée.

b. La forme exacerbée des droits exclusifs de l'auteur

27. La création étant un mode d'expression, la liberté d'expression embrasse donc la liberté de création ⁷⁰. C'est ainsi que la liberté de création est juridiquement traitée comme une déclinaison de la liberté d'expression ⁷¹. La Cour de cassation déclare pareillement qu'un principe de liberté d'expression existe « notamment en matière de création artistique » ⁷². Mais l'œuvre de l'esprit n'est juridiquement protégée qu'autant qu'elle revêt un caractère original. Or, l'originalité, critère de l'œuvre protégée, n'a été pensée que pour les personnes physiques ⁷³, en témoigne une décision fondatrice définissant l'originalité comme « l'empreinte de la personnalité de l'auteur » ⁷⁴.

⁶⁶ A. ROUX, « De la création divine à la création humaine : approches philosophiques », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 105 : « Si la création est une projection de soi, ce "soi" que l'on projette est le moi créateur, non le moi empirique, social, superficiel ».

⁶⁷ Ibidem. Et l'auteur de donner l'exemple de Marguerite Yourcenar qui a dû s'identifier à l'empereur Hadrien pour écrire ses Mémoires.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ J.-L. VIEILLARD-BARON, « Les différentes phases de l'acte créateur », op. cit., p. 171.

⁷⁰ L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose en effet que « la libre communication des pensées et des opinions est un des biens les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». — Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme également en son article 19, § 2, que « toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

⁷¹ La Cour européenne des droits de l'Homme a pu décider que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique » (CEDH, 24 mai 1988, Aff. Müller et autres c/ Suisse, *GACEDH* n° 50. Décision réitérée par CEDH, 21 janvier 2007, *Vereinigung c/ Autriche*, req. n° 68354/01, §26, *AJDA* 2007, 902, chron. J.-F. FLAUSS).

⁷² Civ. 1^{re}, 29 octobre 1990, *D.* 1992, somm., p. 72.

⁷³ F. SIIRIAINEN, « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », op. cit., n° 22 : « La création réalisée par une machine ne peut être originale – et constituer une œuvre protégée – qu'à la condition qu'une volonté humaine ait pu s'entremettre dans le fonctionnement de la machine pour aboutir à la forme finale. La machine seule n'ayant pas de volonté propre n'exprime pas de choix au sens subjectif, au sens du subjectivisme et du volontarisme ».

⁷⁴ Paris, 10 avril 1862, *D.* 1863, 1, 53.

28. Par ailleurs, le droit d'auteur, dans sa dimension légale et prétorienne, d'une part, interdit au législateur et au juge de prendre en compte le mérite de l'œuvre dans la protection ⁷⁵, et d'autre part, fait prévaloir la création nouvelle sur les droits préexistants. Dans les deux cas, c'est une fois de plus la liberté de création qui guide la protection. Le droit d'auteur connaît ensuite des prérogatives propres à l'auteur et qui portent directement sur l'exploitation de l'œuvre : le droit de divulgation ⁷⁶, le droit à l'anonymat et le droit de repentir ou de retrait. Les juridictions ont tôt fait d'appliquer la règle du respect du droit de divulgation dans sa face positive ⁷⁷ comme dans sa face négative ⁷⁸. Cette prérogative est scrupuleusement respectée ⁷⁹, et les abus de droit ne sont condamnés qu'en théorie ⁸⁰, ce que la doctrine approuve en rappelant notamment que « le premier attribut, celui qui seul était en jeu dans l'espèce rapportée, est le droit pour l'auteur de décider en toute liberté si son œuvre sera publiée, communiquée au public, et, en cas d'affirmative, à quel moment elle le sera ; car personne ne peut le contraindre à livrer au public sa pensée » ⁸¹. Le droit à la paternité, qui est positivement le droit, pour l'auteur,

⁷⁵ C. propr. intell., art. L. 112-1.

⁷⁶ Divulguer vient étymologiquement du latin *vulgus* signifiant « public ». La divulgation désigne donc l'action de rendre public, de porter à la connaissance du public. L'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle, en son premier alinéa, dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. [...] Il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ». Le troisième alinéa ajoute que « ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation ».

⁷⁷ Lyon, 17 juillet 1845, *DP* 1845, 2, 128 : tout créateur dispose du droit de « rester juge de l'opportunité de [la] publication » de ses œuvres, car « la pensée, alors même qu'elle est fixée par écrit, reste la propriété personnelle et exclusive de celui qui l'a produite et elle ne prend la nature des biens [...] que dans le cas où son auteur par un acte de volonté l'a dépouillée de son caractère intime pour la livrer à la publicité et la faire entrer dans le circuit commercial ; ainsi le manuscrit de l'auteur, resté en sa possession, demeure sa chose propre et nul autre que lui n'est juge de la question de savoir si le manuscrit représente sa pensée actuelle, s'il a reçu sa forme définitive et s'il doit devenir public à une époque quelconque » (Dijon, 18 février 1870, *DP* 1871, 2, 221 ; *S.* 1870, 2, 212). C'est ainsi que les créanciers d'un compositeur musical ne peuvent saisir le manuscrit laissé au décès de ce dernier puisqu'« une œuvre musicale n'a d'existence et n'est saisissable qu'autant qu'elle a reçu une publication de son auteur » (Paris, 11 janvier 1828, *S.* 1828-1830, 2, 5).

⁷⁸ Cette face négative permet à un auteur de ne pas livrer son œuvre alors qu'il s'était contractuellement engagé à le faire. On cite toujours en ce sens le célèbre arrêt Whistler dans lequel le juge admet que le peintre américain du XIXe siècle puisse refuser de livrer une toile achevée (*Civ.*, 14 mars 1900, Whistler, *DP* 1900, 1, p. 497, note PLANIOL), malgré le fait qu'une telle situation porte nécessairement atteinte à la force obligatoire du contrat de commande. L'auteur récalcitrant n'est pas condamné à livrer l'œuvre, mais seulement à payer des dommages et intérêts. Se pose ici la question légitime de savoir si, afin de respecter les droits des tiers, le droit de divulgation devrait cesser d'être discrétionnaire.

⁷⁹ Tant et si bien que « l'exercice du droit moral par l'auteur de l'œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge » (Voir, à propos de plans dressés par un architecte et utilisés sans son autorisation après rupture du contrat passé avec lui : *Civ.* 1^{re}, 5 juin 1984, *Bull. civ.* I, n° 184 ; *D.* 1985, IR 312, obs. COLOMBET ; *RIDA* avril 1985, p. 150 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, Pan. 332 ; *Ann. propr. ind.* 1984, 153).

⁸⁰ L'affaire Camoin révèle néanmoins une vente de toiles reconstituées de Camoin que le peintre ne comptait pas mettre en circulation puisqu'il les avait lacérées puis jetées aux ordures. La Cour d'appel de Paris avait affirmé que « la propriété littéraire et artistique comporte pour celui qui en est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui, attaché à la personne même de l'auteur ou de l'artiste, lui permet, sa vie durant, de ne livrer son œuvre au public que de la manière et dans les conditions qu'il juge convenables » (Paris, 6 mars 1931, *DP* 1931, 2, p. 88, note NAST).

⁸¹ M. NAST, note sous Trib. civ. Seine, 15 novembre 1927, *D.* 1928, p. 91.

au respect de son nom, de sa qualité⁸², c'est-à-dire le droit de se faire connaître, et reconnaître comme le créateur de l'œuvre, lui permet négativement de s'effacer sous un pseudonyme ou sous l'anonymat⁸³. Le droit de repentir ou de retrait, enfin, permet à l'auteur de décider de mettre fin à l'exploitation de son œuvre⁸⁴. Enfin, comme en matière d'abus de droit, le juge peut sanctionner l'exercice abusif du droit de repentir ou de retrait.

29. Les droits qui naissent à la suite de la création constitueraient donc une sorte de « prolongement » de la liberté de créer »⁸⁵. Enfin, pour rester dans le giron de la liberté d'expression, le professeur Binctin rappelle que « la raison d'être du droit d'auteur est de protéger les auteurs dans l'exercice de leur liberté d'expression »⁸⁶. Ces développements prouvent une fois de plus que la notion de liberté n'a de raison d'être qu'appliquée aux personnes physiques. Les règles du droit d'auteur ne le démentiront pas, elles qui refusent toute protection aux créations réalisées par une machine dénuée de toute autonomie de la volonté. Il est en outre important de rappeler que le droit ignore tout concept d'œuvre originale *ab initio*. Une œuvre ne peut revêtir un caractère d'originalité qu'autant qu'elle a été créée par un être humain.

30. Avec le rayonnement des idées des Lumières, qui s'est étendu sur plusieurs siècles de par le monde, la majorité des pays se sont dotés de lois très protectrices du monopole de l'auteur sur l'exploitation de son œuvre. La liberté individuelle, notamment la liberté de création, est au cœur de ces préoccupations juridiques. Mais il convient désormais de poser la question de savoir, à la suite du professeur Michel Vivant, s'il faut « tout tolérer au prétexte du libéralisme »⁸⁷. Ne faut-il pas au contraire rejoindre M. Vivant et apporter des tempéraments à cette liberté ?

B. Des limites nécessaires à la liberté

⁸² C. propr. intell., art. L. 121-1.

⁸³ L'anonymat découle parfois d'une convention dite « convention de nègre ». Par un tel contrat, l'auteur véritable d'une œuvre renonce à sa paternité au profit d'un auteur de façade. Le contrat d'anonymat n'est pas nul, mais fragile. Il est révocable, même si l'auteur anonymisé peut toutefois engager sa responsabilité en cas de mauvaise foi.

⁸⁴ C. propr. intell., art. L. 121-4. Cette faculté suppose bien entendu qu'un contrat d'exploitation a été conclu. L'exemple souvent cité est celui d'un peintre qui reprend une toile, une fois la toile vendue. C'est un droit qui s'exerce très rarement, probablement en raison de l'importante condition dont il est assorti, à savoir l'indemnisation préalable du cessionnaire. Le cessionnaire peut en effet retenir l'œuvre tant qu'il n'a pas été indemnisé, l'indemnisation étant un préalable et en aucun cas une simple promesse d'indemnisation. Par exception, ni les auteurs de logiciels, ni les fonctionnaires ne peuvent exercer leur droit de repentir ou de retrait, sauf convention contraire (C. propr. intell., art. L. 121-7 et L. 121-7-1).

⁸⁵ N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 25.

⁸⁶ N. BINCTIN, « Marius et Cosette (À propos des suites données aux "Misérables" de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression) », note sous Civ. 1^{re}, 30 janvier 2007, n° 04-15.543, *Les Petites Affiches* 2007, n° 144, p. 8.

⁸⁷ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF 1997, p. 313.

31. Jeremy Bentham affirmait que toute loi porte nécessairement atteinte à la liberté. Pourtant, des limites sont indispensables à une liberté démesurée de la personne du créateur (a). Mais quelles formes peuvent prendre les limites à cette liberté (b) ?

a. *Les justifications des limites*

32. Les législateurs, à la suite des philosophes des Lumières, ont tôt fait du phénomène de la création un exploit qui doit être protégé à part entière. Certains n'hésitent pas à élever l'artiste au rang de demiurge. Ainsi, selon le professeur Cohen, « le modèle du créateur élève l'homme qui crée au rang de demiurge ; même privée de sa majuscule, la création ne perd pas tout à fait son essence divine »⁸⁸. Les dispositions du Code de la propriété intellectuelle protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, « quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »⁸⁹. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu décider, à propos des films pornographiques, que la loi fait interdiction aux juges de subordonner l'octroi de la protection légale à des considérations morales⁹⁰. On peut également, pour s'en convaincre, songer à la protection des créations d'art conceptuel, accordée par la loi et reconnue par les juges, n'en déplaise aux critiques sceptiques qui ont pu inonder la presse rationnelle⁹¹. Les créations du *ready-made* s'insèrent aisément dans le paysage des œuvres protégées, en témoigne le célèbre arrêt Paradis⁹².

33. Ainsi, une fois le droit d'auteur reconnu à un créateur, certaines autres libertés et droits fondamentaux, voire certains délits, doivent céder devant la liberté de création : il en est ainsi notamment du droit à l'image⁹³, du racisme ou de l'antisémitisme⁹⁴, ou encore de la publicité directe ou indirecte en faveur des produits du tabac⁹⁵. Le droit d'adaptation, quant à lui, autorise l'auteur à s'inspirer d'une œuvre préexistante sans être inquiété de poursuite en contrefaçon⁹⁶. Une solution qui ne pouvait que surprendre, au

⁸⁸ D. COHEN, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de Rémy CABRILLAC, Dalloz, 2004, n° 532.

⁸⁹ C. propr. intell., art. L. 112-1.

⁹⁰ Crim., 6 mai 1986, *RIDA* 1986, n° 130, p. 149.

⁹¹ Ce mouvement, initié par Marcel Duchamp — lequel avait exposé un urinoir renversé, dénommé Foutain —, incite à s'approprier, pour les détourner de leurs fins et faire réagir le spectateur, des objets utilitaires déjà réalisés. Il s'agit alors pour les artistes conceptuels de se placer au-delà de l'idée de représentation, sur le terrain précisément de l'idée.

⁹² Civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, n° 06-19.021, *D.* 2009, n° 4, p. 266, note E. TREPPOZ ; *Comm. com. électr.* 2009, n° 9, p. 17, com. M. CAUVIN ; *RLDI* 2009, n° 48, p. 8, obs. E. TRICOIRE.

⁹³ Paris, 14^e ch. B, 5 oct. 2007, HK c/ La Martinière, inédit, RG n° 07/04603. — Paris, 11^e ch., 5 novembre 2008, *D.* 2009, p. 470, obs. Ch. BIGOT.

⁹⁴ TGI Paris, 17^e ch., 16 novembre 2006, *Légipresse*, avril 2007, n° 240, note A. TRICOIRE.

⁹⁵ TGI Paris, 31^e ch., 27 avril 2007, *Télérama* c/ Droit des non fumeurs, inédit.

⁹⁶ Ainsi, en présence d'un film d'animation inspiré du Petit Prince de Saint-Exupéry, qui avait pourtant intégré de nouveaux personnages sans autorisation, la Cour d'appel avait, d'après la cour suprême, « justement énoncé que [...] l'adaptation au cinéma d'une œuvre littéraire impliquait qu'une certaine liberté soit reconnue à l'adaptateur », en plus d'« un apport personnel de l'adaptateur », « exigé par la transposition à l'écran » (Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *RIDA* janvier 2002, p. 267). Le droit d'adaptation est ainsi reconnu à l'auteur d'une œuvre dérivée, et cela en dépit des dernières volontés exprimées de l'auteur de l'œuvre

regard des limites posées par la Haute Cour elle-même ⁹⁷ : la liberté est portée à un paroxysme tel qu'elle permet d'instituer « une sorte de déchéance *contra legem* » du droit moral qui est censé être perpétuel ⁹⁸. En effet, seuls les droits patrimoniaux cessent à l'expiration d'une durée de soixante-dix ans *post mortem auctoris*, faisant tomber la création dans le domaine public. Les tiers deviennent alors libres d'adapter l'œuvre qui devient une espèce de *res communis*, sous réserve de respecter les droits moraux perpétuels ⁹⁹. Pour éviter pareilles atteintes impunies à l'esprit de l'œuvre première, les auteurs devront probablement prendre les mêmes précautions que Cervantès qui s'est contenté de faire mourir son héros Don Quichotte afin de dissuader les tiers de donner une suite à son roman. Encore un argument qui alimente le plaidoyer pour davantage de limites à la liberté de la personne de l'auteur.

34. La garantie légale de la liberté d'expression a atteint un degré d'exacerbation tel que la question de ses limites peut légitimement se poser. Qui n'a pas été surpris voire choqué de prendre connaissance de l'arrêt Orelsan rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 18 février 2016 ¹⁰⁰ ? Le temps est certes venu de s'interroger sur les limites raisonnables que la liberté de création suscite. La question reste de savoir quelles formes doivent prendre ces limites ?

b. Les manifestations des limites

35. Les limites aux droits subjectifs ont toujours été conçues dans un esprit de respect des droits et libertés des tiers. La liberté, enseigne-t-on, s'arrête où commence celle d'autrui. Les limites à la liberté de la personne de l'auteur visent donc inéluctablement à protéger la liberté d'expression des tiers et à garantir ainsi un équilibre des droits en

première, en l'occurrence celles de Victor Hugo. Pour protéger les romans de François Cérésa, conçus comme étant des suites aux *Misérables*, la Cour de cassation a pu, au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, statuer ainsi : « Attendu que la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié » (Civ. 1^{re}, 30 janvier 2007, n° 04-15.543, *JCP G* 2007, II, 10025, note Ch. CARON ; *Les Petites Affiches* 2007, n° 144, p. 8, note N. BINCTIN).

⁹⁷ Cf. Civ. 1^{re}, 7 novembre 2006, *JCP E* 2007, 1085, note Ch. ALLEAUME ; *D.* 2007, p. 417, note P. ALLAEYS : « L'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation, mode d'exercice du droit patrimonial cédé, n'est pas de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur, requérant alors son accord préalable, qu'autant qu'elle risque d'altérer l'œuvre ou de déconsidérer l'auteur ».

⁹⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », *RIDA* 2008, n° 215.

⁹⁹ Cf. N. BINCTIN, « Marius et Cosette (À propos des suites données aux "*Misérables*" de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression) », note sous Civ. 1^{re}, 30 janvier 2007, n° 04-15.543, *Les Petites Affiches* 2007, n° 144, p. 8. D'aucuns objectent, sans doute à raison, que s'agissant d'œuvres nouvelles, les œuvres dérivées ne peuvent par essence porter atteinte au droit moral de l'auteur de l'œuvre première, à savoir le droit à l'intégrité de l'œuvre, et qu'exiger le respect des dernières volontés de ce dernier conduirait à dénaturer le droit moral, lequel ne sert à faire respecter que l'œuvre seule, à l'exclusion de la personne de l'auteur (*Ibidem*).

¹⁰⁰ Versailles, 18 février 2016, RG n° 15/02687, *Juris art etc.* 2016, n° 38, p. 36, obs. M. COMBET. Dans cette affaire, le rappeur Orelsan s'était vu relaxé du chef d'injures publiques envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, au motif que la sanction pour « délits d'injures publiques à raison du sexe ou de provocation à la violence, à la haine et à la discrimination envers les femmes, reviendrait à censurer toute forme de création artistique inspirée du mal-être, du désarroi et du sentiment d'abandon d'une génération, en violation du principe de la liberté d'expression ».

présence. Le respect des droits des tiers, ainsi que le respect de la dignité humaine, sont les piliers des limites à la liberté de création.

36. Ainsi, malgré la protection, parfois à outrance, du droit d'adaptation, il faut reconnaître que les juges tiennent à cœur de faire respecter l'œuvre première par l'auteur d'une œuvre dérivée ¹⁰¹. La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même, si elle prévoit et protège la liberté et les choix du créateur, reconnaît que les fictions se fondant sur des faits réels peuvent porter atteinte à la vie privée des personnes dont elles s'inspirent ¹⁰².

37. Pour limiter la liberté de l'auteur, il est souvent fait appel à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Or, dans les affaires où les plaideurs invoquent la magie de cette disposition, la Cour de cassation répond fréquemment que le moyen tiré d'une éventuelle violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'avère « inopérant », l'équilibre des droits fondamentaux ayant déjà été opéré par le législateur ¹⁰³. Les juges de Strasbourg estiment néanmoins que

¹⁰¹ Paris, 13 octobre 2015, aff. des Dialogues des Carmélites de Georges Bernanos et Francis Poulenc, n° 14/08900, *Juris art etc.* 2015, n° 30, p. 12, obs. P. NOUAL : « si une certaine liberté peut être reconnue au metteur en scène dans l'accomplissement de sa mission, cette liberté a pour limite le droit moral de l'auteur au respect de son œuvre, dans son intégrité et dans son esprit, qui ne doit pas être dénaturé ». Une telle solution ne peut qu'être saluée, quoi qu'en disent les auteurs qui s'y sont opposés, notamment F. POLLAUD-DULIAN : « La liberté garantit à chacun de pouvoir créer, tandis que le droit d'auteur assure la protection du résultat de la création. Sans le second, la première est largement illusoire : être libre de créer si l'on n'est pas maître du résultat revient à posséder une couronne sans royaume. Si un tiers peut s'emparer d'une œuvre contre le gré de son auteur, que ce soit pour la mutiler, la reproduire ou l'adapter, la liberté ne sert plus que ceux qui ne respectent pas le droit subjectif des auteurs » ; « La liberté d'aller et venir n'est pas celle de pénétrer dans le foyer d'autrui ou de piétiner son jardin » (*RTD Com.* 2015 p. 515, note sous Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 13-27.391).

¹⁰² Cf. CEDH, gr. ch., 22 octobre 2007, n° 21279/02 et n° 36448/02, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France, § 51, *JCP G* 2007, II, 10193, note E. DERIEUX ; *RTDH* 2009, n° 78, p. 491-511, obs. P. WACHSMANN.— Cf. également CEDH, 12 mars 2015, n° 25790/11, Almeida Leitão Bento Fernandez c/ Portugal, *JurisData* n° 2015-004435.

¹⁰³ Civ. 1^{re}, 13 novembre 2003, n° 01-14.385, *JCP G* 2004, II, 10080, note Ch. GEIGER. Il serait donc impossible, selon la Cour, d'appeler au secours la liberté d'expression comme limite externe au droit d'auteur, puisque celle-ci avait déjà été prise en compte en interne par le législateur à travers les exceptions prévues par le Code de la propriété intellectuelle. Rappr. Cour de cassation belge, Cass., 25 septembre 2003, *Auteurs et médias* 2004, p. 29 : « le droit de liberté d'expression, garanti à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à l'article 19 du Traité international relatif aux droits civils et politiques, ne s'oppose pas à la protection d'une œuvre littéraire ou artistique par le droit d'auteur ». Pour un commentaire conjoint des deux arrêts, cf. A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information" », in *Auteurs et médias* 2005, p. 13. Certains auteurs relèvent cependant qu'une telle approche abstraite n'est pas conforme à l'ordre juridique européen et qu'une application correcte des droits fondamentaux impose une appréciation au cas par cas, mettant en balance in concreto les droits en présence à travers un contrôle de proportionnalité (Cf. notamment P. KAMINA, « Droit d'auteur et Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Légicom* 2001, n° 25, p. 15). Il n'est dès lors pas surprenant qu'un certain nombre de juges nationaux dans différents pays d'Europe aient adopté une position différente et admis la possibilité de restreindre le droit d'auteur au-delà des limites internes, en visant directement la liberté d'expression, ou en la combinant avec une exception existante afin d'en réévaluer le périmètre à la lumière du droit fondamental (Cf. à titre d'exemple les décisions de la Cour suprême autrichienne, 12 juin 2001, *GRUR Int.* 2002, p. 341.— CA La Haye, 4 septembre 2003, *Propri. intell.* 2004, n° 12, p. 834, obs. M. VIVANT.— Cour suprême du canton de Zurich, 9 septembre 2004, *Médialex* 2004, p. 231.— Cour constitutionnelle allemande, 29 juin 2000, *GRUR* 2001, p. 149).

l'interdiction de communication d'œuvres sur Internet, même en violation du droit d'auteur, peut constituer une atteinte à la liberté d'expression ¹⁰⁴. La Cour rappelle ainsi que dans certaines circonstances les droits de propriété intellectuelle peuvent s'analyser comme des exceptions à la liberté d'expression et que, cette liberté étant particulièrement importante dans le cadre d'une société démocratique, les juges sont très vigilants lorsque l'on est en présence d'une restriction, particulièrement sur le terrain politique et/ou du débat d'idées ¹⁰⁵. Par ailleurs, la vie privée des tiers, déjà protégée au niveau tant législatif que judiciaire, mérite également rappel ¹⁰⁶. L'auteur, enfin, dans sa liberté, ne saurait passer outre le respect de la dignité humaine. Plusieurs décisions illustrent la pratique judiciaire en la matière ¹⁰⁷.

38. D'autres systèmes juridiques choisissent de limiter la reconnaissance de la liberté de création, en droit de la propriété intellectuelle, non dans son expression, mais dans son existence même. On assiste en effet, en Angleterre et aux États-Unis — et plus généralement dans les pays de copyright —, à une « déshumanisation » du droit d'auteur. C'est ainsi qu'en droit du copyright, la création n'y est jamais envisagée qu'au sens de « production », d'où la confusion entre l'*author*, réduit à un titulaire de droits originaire, et le producteur, seul bénéficiaire effectif du monopole légal ¹⁰⁸. Le droit moral y est en outre très limité et d'interprétation restrictive ¹⁰⁹. Enfin, les attributs du droit moral, contrairement au droit français ¹¹⁰, s'éteignent au décès de l'auteur, et sont même susceptibles de renonciation, du vivant de l'auteur, par acte exprès ¹¹¹. Or, si les limites à la liberté de la personne de l'auteur s'avèrent être des jalons utiles destinés à prévenir

¹⁰⁴ Dès lors, même si une disposition du droit d'auteur prévoit une sanction en cas d'atteinte au droit exclusif, en présence d'une restriction à la liberté d'expression, il est toujours nécessaire de vérifier que cette ingérence est « nécessaire dans une société démocratique » et de procéder à un juste équilibre des droits en présence. Après avoir rappelé que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun », la Cour européenne des droits de l'Homme souligne que celle-ci « est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante » (Cf. notamment CEDH, 10 janvier 2013, n° 36769/08, *JCP G* 2013, 397, M. AFROUKH, point 38).

¹⁰⁵ Ch. GEIGER, « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la direction de M. VIVANT, Dalloz, 2015, 2^e éd., comm. 2.

¹⁰⁶ TGI Paris, ord. de référé, 26 février 2013, aff. *Belle et Bête*, n° RG 13/51631, *Juris art etc.* 2013, n° 1, p. 6, obs. É. TREPPOZ.— Paris, 26 février 2016, aff. *Revenge Porn*, RG n° 16/04139, *Juris art etc.* 2016, n° 36, p. 10, obs. P. NOUAL.— Civ. 1^{re}, 30 septembre 2015, n° 14-16.273, *JCP G* 2015, n° 51, 1385, note P. DUCOULOMBIER).

¹⁰⁷ CE, 9 janvier 2014, aff. Dieudonné, n° 374508, Min. Intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala, *Comm. com. électr.* 2014, comm. 20, A. LEPAGE.— Cf. cependant CE, 6 février 2015, n° 387726, Commune de Cournon d'Auvergne, *JurisData* n° 2015-002207.— TA Nice, 26 mars 2015, n° 1501179, Conseil représentatif des associations noires (CRAN), *JurisData* n° 2015-006369.— TA Versailles, 19 septembre 2015, n° 1506153, *Comm. com. électr.*, 2015, n° 11, comm. 91, A. LEPAGE.

¹⁰⁸ Ph. GAUDRAT, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », in *La création, entre droit, philosophie et religion*, sous la direction d'A. ZOLLINGER, LGDJ, 2016, p. 38.

¹⁰⁹ Seuls deux attributs moraux sont reconnus à l'auteur : le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre, ce dernier ne pouvant être exercé qu'en cas d'atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur.

¹¹⁰ Et d'une façon générale aux droits des États membres de l'Union européenne.

¹¹¹ A. ZOLLINGER, « La création, visions plurielles, valeur universelle ? », op. cit., p. 141 et s.

les abus, il faudrait toutefois se garder de tomber dans l'excès inverse et aboutir à une mutilation de ce pour quoi les générations des siècles précédents ont lutté : la liberté de la personne.