

**CORRUPTION OF THE  
CONCEPT OF ORIGINALITY  
IN LITERARY AND ARTISTIC  
PROPERTY LAW –  
THE ADVENT  
OF SOFT FOCUS**

**Violaine BESSON  
Maëva LAGARDE  
Claire PAPAIX**

Master of Laws, Master 2 Industrial  
Property, University Panthéon-  
Assas, Paris II

**INTRODUCTION**

*“What is originality? To see something that still has no name, that still cannot be named, although it is lying before everyone's eyes.”*

This is how Friedrich Nietzsche proposed to define originality in his book *Die fröhliche Wissenschaft (The Gay Science)* published in 1882. And just as Nietzsche cannot name the original something, literary and artistic property law cannot propose a definition of originality that is more a matter of certainty than of expectancy.

Etymologically, the term “originality” is formed of the suffix *-ity* added to the adjective “original” itself derived from the Latin “*originalis*”, from “*origo, originis*” or what is the origin or the first. While this is indeed one of the accepted meanings of the term in French, it is a protean, even

**DESVIACION DEL CONCEPTO  
DE ORIGINALIDAD EN  
DERECHO DE AUTOR  
LA ERA DE LA IMPRECION**

**Violaine BESSON  
Maëva LAGARDE  
Claire PAPAIX**

*Juristas diplomadas de Master 2  
en Propiedad Intelectual*

**INTRODUCCIÓN**

*“¿Qué es la originalidad? La originalidad es: ver algo que aún no lleva nombre, que no puede nombrarse aunque todo el mundo lo tenga a la vista.”*

*Es en estos términos como Friedrich Nietzsche propone en su obra La Gaya Ciencia, publicada en 1882, una definición de lo que es para él la originalidad. Y de la misma manera que Nietzsche no pudo nombrar la cosa original, el derecho tampoco puede proponer una definición de la originalidad la erral depende en mayor grado de la certeza que de la expectativa.*

*Etimológicamente, el término «originalidad» se compone del sufijo -idad añadido al adjetivo «original», adjetivo éste, derivado del latín «originalis» declinado «origo, originis» que nombra todo aquello que es primitivo o que tiene un origen. En efecto, es ésta una de las acepciones*

**LE DÉVOIEMENT DE LA NOTION D'ORIGINALITÉ  
EN DROIT D'AUTEUR  
L'AVÈNEMENT D'UN FLOU ARTISTIQUE**

**Violaine BESSON  
Maëva LAGARDE  
Claire PAPAIX**

Juristes diplômées du Master 2 Propriété Industrielle –  
Université Panthéon-Assas Paris II

**INTRODUCTION**

*«Qu'est-ce que l'originalité? Voir quelque chose qui ne porte encore aucun nom, qui ne peut pas encore être nommé quoique tout le monde l'ait sous les yeux.»*

C'est en ces termes que Friedrich Nietzsche propose une définition de l'originalité dans son ouvrage *Le Gai Savoir* publié en 1882. Et comme Nietzsche ne peut nommer la chose originale, le droit d'auteur ne peut proposer une définition de l'originalité relevant plus de la certitude que de l'expectative.

Étymologiquement, le terme d'*«originalité»* est composé du suffixe *-ité* ajouté à l'adjectif *«original»* lequel découle lui-même du latin *«originalis»* de *«origo, originis»* ou ce qui est primitif, originel. C'est effectivement une des acceptations retenues pour ce terme en français;

“*kaleidoscopic*” word according to Denis Gervais. The Larousse dictionary also defines original as what is out of the ordinary and Le Robert dictionary proposes what is unique, odd or unusual. Lastly, originality can be used as a synonym for personality, character, individuality, singularity, eccentricity, imagination or novelty.

This eclectic list – however exhaustive it may be – reflects a paradoxical reality in that while these terms seem to converge towards a common meaning, it escapes the reader seeking clarification...

Yet this “*legal eel*”, to use Professor Valérie-Laure Benabou’s expression, is the key concept in literary and artistic property law: a work must be original to be eligible to enjoy legal protection and, to adopt a classic approach, a work is protected because it is original.

However, the law itself is reluctant to say what is original. As Professor Pierre Sirinelli admits: “*To be honest, no one knows exactly what originality consists of*.<sup>1</sup> Yet, if originality is to be the criterion by means of which a boundary can be drawn between what is protectable and what is not, then this criterion must be a single one. It is even surprising that a monopoly with such powerful effects is granted on the basis of such a slippery concept.

*mantenidas del término originalidad; ahora bien, según apunta Denis Gervais, el término en sí es proteiforme y hasta incluso «kaleidoscópico». Por lo demás, el diccionario Larousse propone definir lo original como aquello que lo distingue de lo que es común, mientras que el diccionario Le Robert retiene como definición aquello que es único, raro, o no muy normal. Por último, en cuanto a sinónimos, la originalidad se emplea respecto a la personalidad, al carácter, a la individualidad, a la singularidad, a la excentricidad, a la fantasía y también a la novedad.*

*Este «inventario a la Prévert», tan exhaustivo como pueda ser, da cuenta de una realidad paradójica en cuanto a que los términos parecen converger hacia un punto común que, no obstante, escapa al lector que busque una clarificación del término.*

*De modo, que esa «anguila jurídica» es en suma, según la expresión consagrada por el Profesor Valérie Laure Benabou, el concepto clave del derecho de autor, a saber: que la obra debe ser original para poder disfrutar de la protección del derecho de autor y si abordamos el concepto en sentido clásico, diremos entonces que la obra goza de la protección del derecho de autor porque es original.*

*Sin embargo, a ese mismo derecho le repugna explicitar lo que es original. El Profesor Pierre Sirinelli lo confiesa en los siguientes términos: «la verdad nos lleva a decir que no sabemos en qué consiste exactamente la originalidad»<sup>1</sup>. Luego, si la originalidad es el concepto que permite trazar la frontera entre lo que puede estar protegido y lo que no puede estarlo, entonces tiene que ser único. Es sorprendente incluso, que sea un concepto tan huidizo se le otorgue un monopolio cuyos efectos son tan potentes.*

mais le terme est protéiforme voir même «*kaléidoscopique*» selon Denis Gervais. Le dictionnaire Larousse propose encore de définir l'original parce qui se distingue du commun tandis que le dictionnaire Le Robert retient ce qui est unique, bizarre ou peu normal. Enfin, au titre des synonymes, l'originalité se substitue à la personnalité, au caractère, à l'individualité, la singularité, l'excentricité, la fantaisie, ou encore la nouveauté.

Cet «inventaire à la Prévert», aussi exhaustif soit-il, rend compte d'une réalité paradoxale, en ce que ces termes semblent converger vers un sens commun mais qui échappe au lecteur en quête de clarification...

Or, cette «*anguille juridique*» selon l'expression consacrée par le Professeur Valérie Laure Benabou, est pourtant la notion clé du droit d'auteur : l'œuvre doit être originale pour prétendre jouir d'une protection par le droit et, dans une approche classique, une œuvre est protégée parce qu'elle est originale.

Mais, le droit lui-même répugne à dire ce qui est original. Comme l'avoue le Professeur Pierre Sirinelli : «*la vérité oblige à dire que l'on ne sait pas exactement en quoi consiste l'originalité*»<sup>1</sup> or, si l'originalité doit être le critère permettant de tracer la frontière entre ce qui peut être protégé et ce qui ne peut l'être, il faut que ce critère soit unique. Il est même surprenant qu'un monopole aux effets aussi puissants soit accordé en contemplation d'une notion aussi fuyante.

It is true that the concept of originality was late to emerge as a precondition for literary and artistic property protection. Indeed, it was Henri Desbois who first systematically described the concept as the “*touchstone of authors' rights*”. And yet, although it is accepted without question today that originality is the basic condition and often the only one for the enjoyment of protection, the concept is merely cited by legislative provisions, without being defined, and, if the provisions were taken literally, one would even be led to consider that only the concept of a work of the mind is used as the criterion for delimiting the scope of literary and artistic property.

In fact, the revolutionary laws of 1791 and 1793 said nothing about originality and the law of 11 March 1957 mentions the requirement only through the circuitous route of a secondary provision concerning titles, now codified in article L. 112-4, para. 1 of the Intellectual Property Code which states that “*[t]he title of a work of the mind, insofar as it is original in character, shall be protected in the same way as the work itself.*”

Several reasons can be given to explain the French legislator's silence: the fact that the 1957 law codified the teachings of earlier case law in which the criterion of originality was well established and thus self-evident, without it being necessary to repeat it; or again, the fact that the list of criteria excluded by article L. 112-1 of the Intellectual Property Code and the enjoyment of protection by the mere fact of creation granted by article L. 111-1 of the Code converge to make originality, in the sense of the creator's

*La originalidad como concepto y como condición sinequanon de la protección a título de derecho de autor apareció, es cierto, tardíamente. Hubo que esperar que el Profesor Henri Desbois, el primero en presentar el concepto, lo hiciera de una manera sistemática, al considerarlo como la «piedra angular de los derechos de autor». Y, no obstante, si hoy se reconoce sin discusión que la originalidad es la condición esencial y a menudo la única para gozar de la protección del derecho de autor, los textos sólo se contentan con citar el concepto pero no lo definen y, lo que es más, si tomamos las disposiciones al pie de la letra, ellas nos llevan a considerar que únicamente el concepto de obra del espíritu sirve, como tal, para delimitar el campo de aplicación del derecho de autor.*

*En realidad, las leyes revolucionarias de 1791 y de 1793 nada decían sobre la originalidad y la ley del 11 de marzo de 1957, lo único que hace es evocar esa exigencia rodeando una disposición accesoria concerniente a los títulos y hoy codificada en el artículo L.112-4 apartado 1 del Código de la Propiedad Intelectual cuya disposición dicta: «El título de una obra del espíritu está protegido como la obra misma desde el momento en que presenta un carácter original».*

*El silencio del legislador francés puede explicarse por varias razones, a saber: por el hecho de que la ley de 1957, codificara las enseñanzas recibidas de la anterior jurisprudencia, en la cual el concepto de originalidad estaba bien establecido y, por consiguiente, caía por su propio peso sin que hubiese necesidad de traerlo a la memoria; o bien por el hecho de que la lista de criterios excluidos por el artículo L.112-1 del Código de la Propiedad Intelectual y, la atribución del derecho al autor por el sólo hecho de su creación, tal*

La notion en tant que condition sinéquanone d'une protection au titre du droit d'auteur est apparue, certes tardivement, il a fallu attendre Henri Desbois qui, le premier, présente la notion de manière systématique comme la «*pierre de touche des droits d'auteur*». Et pourtant, s'il est reconnu et non contesté aujourd'hui que l'originalité est la condition essentielle et souvent unique pour bénéficier de la protection en droit d'auteur, la notion est seulement citée par les textes sans être définie et encore, à prendre ces dispositions au pied de la lettre, on serait conduit à considérer que seul le concept d'œuvre de l'esprit sert de critère pour délimiter le champ d'application du droit d'auteur.

En effet, les lois révolutionnaires de 1791 et 1793 ne disaient rien de l'originalité et, celle du 11 mars 1957 n'évoque l'exigence qu'au détour d'une disposition accessoire concernant les titres, codifiée aujourd'hui à l'article L.112-4 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que «*Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même*».

Le silence du législateur français peut s'expliquer par plusieurs raisons : le fait que la loi de 1957 ait codifié les enseignements de la jurisprudence antérieure, dans laquelle le critère de l'originalité était bien établi et il allait donc de soi, sans qu'il fût nécessaire de la rappeler. Ou encore, le fait que la liste des critères exclus par l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle et, l'attribution du droit à l'auteur du seul fait de la création par l'article L.111-1 de ce même Code, convergent

imprint in the creation, the criterion for protected works.

Nevertheless, one of the explanations put forward to justify this legislative silence – and by no means a minor one – is that defining originality is a perilous task and so it seems preferable to leave the courts some latitude. It is certainly the case that a reader eager for clarification will find that the concept is omnipresent in case law, but again, with a plethora of decisions devoted to originality, it has to be acknowledged that it is very difficult to systematise the solutions because originality seems to be such an elusive concept.

Added to the lack of a definition, it is also unquestionable today that the concept of originality is in a state of crisis; it has been corrupted and used excessively by the courts to protect very humble works.

Indeed, when originality in the traditional and subjective sense of the term is found in creations such as a salad basket or a bottle-opener, the crisis affecting the concept becomes obvious. After all, it is very hard to find “*the stamp of an author's personality*” (to use the hallowed expression) in a creation which is often the product of a collective development process or a business policy, the whole thing based on functional requirements. Therefore, it is rather artificial to consider that all these utilitarian creations embody originality, at least as it is traditionally understood, namely in the sense of a subjective protection criterion

*como dicta el artículo L.111-1 del mismo Código, convergen para hacer de la originalidad (entendida como la huella del creador sobre su creación) el criterio de obra protegida por el derecho de autor.*

*No obstante, una de las explicaciones adelantadas para justificar ese silencio legislativo – que dicho sea de paso, no es poco – consiste en decir que la definición de la originalidad es una labor arriesgada y por lo mismo, es preferible dejarles una cierta libertad a los jueces. Al lector ávido de clarificaciones se le sirve entonces una jurisprudencia omnipresente sobre el concepto de originalidad y de ahí, la pléthora de sentencias consagradas a la originalidad, lo que prueba que es muy difícil sistematizar soluciones ya que la originalidad parece ser un concepto inaccesible.*

*Paralelamente a la falta de definición, es hoy indiscutible que el concepto de originalidad está en crisis por haber sido desviado y porque las jurisdicciones lo han utilizado sin medida para proteger obras muy modestas.*

*En efecto, cuando se encuentra una originalidad en creaciones como un cesto con ensaladas o un abrebotellas, sirviéndose del término originalidad bajo su sentido clásico y subjetivo, es posible darse cuenta de que el concepto de originalidad está realmente en crisis. Indudablemente es bien difícil encontrar «la huella de la personalidad de un autor» (según la fórmula clásicamente consagrada) en una creación que muy a menudo es el resultado de un proceso colectivo de elaboración y de una política empresarial, guiada por exigencias de tipo funcional. Consecuentemente, es un artificio considerar que en todas esas creaciones*

pour faire de l'originalité, au sens de l'empreinte du créateur dans sa création, le critère de l'œuvre protégée par le droit d'auteur.

Néanmoins, l'une des explications avancées pour justifier ce silence législatif – et non des moindres – c'est que définir l'originalité est une tâche périlleuse et dès lors, il paraît préférable de laisser une certaine latitude aux juges. Et c'est une omniprésence jurisprudentielle de la notion qui s'offre au lecteur avide de clarifications, et là encore, les décisions consacrées à cette originalité sont pléthoriques et, force est de constater qu'il est fort difficile de systématiser les solutions tant l'originalité est un concept qui semble insaisissable.

Parallèlement à cette absence de définition, il est sans conteste aujourd'hui aussi que la notion d'originalité est en crise, elle a été dévoyée, utilisée excessivement par les juridictions pour protéger des œuvres très modestes.

En effet, lorsque l'originalité au sens classique et subjectif du terme, est trouvée au sein de créations telles qu'un panier à salade ou un décapsuleur, il est possible de percevoir la crise qui affecte cette notion. En effet, il est tout de même bien difficile de trouver «*l'empreinte de la personnalité d'un auteur*» (selon la formule classiquement consacrée) dans une création qui résulte bien souvent d'un processus collectif d'élaboration et d'une politique d'entreprise, le tout étant guidé par des exigences fonctionnelles. Il est donc assez artificiel de considérer que toutes ces

distinguishable from the objective criterion of novelty used in the 19<sup>th</sup> century.

As a result, it appears hard to reconcile a very personalist literary and artistic property right centred on the author's personality (the work is the author in the same way as Flaubert said "*Madame Bovary is me*") with an industrial logic in which the creator is eclipsed.

In other words, it can be argued that the classic definition of originality, which is always illustrated by means of examples taken from the world of pure art, is incapable of embracing the diversity of copyright/authors' rights. It may be coherent for authors' rights geared towards the arts, but it is far less relevant when it governs entrepreneurial copyrights dominated by industrial imperatives – so much so that case law has had to give originality a more modern and more objective meaning, close to novelty. Thus, in a decision in the *Babolat v. Pachot* case<sup>2</sup> involving computer software, originality became the mark of the author's intellectual input and this definition was subsequently used for "functional" works (works of design, applied art, etc.) and for "low-end" written material, like some collections of practical information, without being restricted, however, to the category that German scholars would describe as *kleine Münze*, literally "small change". Here, the link between the author and the work tends to be looser, to the point where it would be conceivable to assess originality in relation to a creator who is a legal entity. The criterion of input refers to something objective and materially

*utilitarias reside la originalidad, por lo menos, entendida en su sentido clásico, es decir como criterio subjetivo de protección, distinto al de novedad, criterio utilizado en el siglo XIX.*

*De modo, que resulta difícil conciliar un derecho de autor muy personalista y centrado en la personalidad del autor con una lógica industrial que implica la supresión del creador. La obra es el autor y así lo expresa Flaubert: «Madame Bovary, soy yo».*

*Sifuese de otra manera, la definición clásica de la originalidad, ilustrada siempre con ejemplos sacados del universo de las artes puras, no podría aprehender la diversidad del derecho de autor. Esa diversidad coherente que se halla en el seno del derecho de autor por estar consagrada a las Bellas Artes, sería mucho menos pertinente si se abandonara al gobierno de un derecho de autor empresarial dominado por imperativos industriales. Hasta tal punto, que la jurisprudencia ha debido darle a la originalidad un sentido más moderno, más objetivo y que se acerque más a la noción de novedad. Es el caso de la sentencia Babolat contra Pachot<sup>2</sup>, rendida a propósito de logísticas, donde la originalidad cobra la forma de marca del aporte intelectual del autor; a continuación, la misma definición se aplicará a las obras denominadas funcionales (obras de diseño, de arte aplicado) y a los escritos «de poca monta» como ciertas compilaciones de informaciones prácticas, sin por ello reservarlas a esa categoría de obras que los alemanes califican de kleine Münze, literalmente «calderilla». Aquí, el vínculo entre el autor y la obra tiende a distenderse hasta el punto de imaginar que la*

créations utilitaires soient le siège d'une originalité, du moins telle qu'elle est entendue classiquement, c'est-à-dire au sens d'un critère subjectif de protection se distinguant de la nouveauté, critère objectif, quant à lui, utilisé au XIX<sup>e</sup> siècle.

Il apparaît dès lors difficile de concilier un droit d'auteur très personneliste et centré sur la personnalité de l'auteur (l'œuvre c'est l'auteur de la même façon que Flaubert disait «*Madame Bovary, c'est moi*»), avec une logique industrielle qui implique une élision du créateur.

En d'autres termes, la définition classique de l'originalité, toujours illustrée par des exemples empruntés à l'univers des arts purs, ne parviendrait pas à appréhender la diversité du droit d'auteur. Cohérente au sein d'un droit d'auteur tourné vers les Beaux-Arts, elle serait bien moins pertinente lorsqu'elle gouverne un droit d'auteur d'entreprise, dominé par des impératifs industriels. A tel point que la jurisprudence a du donner un sens plus moderne à l'originalité, plus objectif, proche de la nouveauté. Ainsi, dans un arrêt Babolat contre Pachot<sup>2</sup> rendu à propos de logiciels, l'originalité devient la marque de l'apport intellectuel de l'auteur et, cette définition va être utilisée pour les œuvres dites fonctionnelles (œuvre du design, art appliqué) et aux écrits «bas de gamme», comme certains recueils d'informations pratiques, sans toutefois être réservée à cette catégorie que les Allemands qualifiaient de *kleine Münze*, littéralement «*petite monnaie*». Ici, le lien entre l'auteur et l'œuvre tend à se distendre, au point qu'on peut imaginer d'apprécier l'originalité

verifiable in relation to what exists; as to the term “intellectual”, it refers to the author’s mind and choices, as opposed to what is chance and random. These criteria seem to bring literary and artistic property law closer to patent law. This is not an orthodox solution from the standpoint of the traditional principles of literary and artistic property but one that is nevertheless understandable in the context.

The concept of originality seems at times to be moving in a direction in which it is understood so broadly that all creations may be classified as original. It ceases then to fulfil its filtering function at the gateway to authors’ rights.

Hence it is not surprising that scholarship describes originality as a “fundamental defect” of literary and artistic property law and as a “concept in crisis” bathed in “soft focus”, leading to a “maze” of case law.

To this morass can be added the influence of European Union law because even though the EU directives maintain – officially – a particularly low profile concerning the conditions governing the existence of copyright, the fact is that European Union law has actually taken a keen interest in originality. Indeed, recent European case law has taken pains to adopt a third approach to originality, understood this time as being the author’s own intellectual creation,<sup>3</sup> a definition that can be viewed as an extension of the mark of intellectual input. The advantage of this

*originalidad puede apreciarse respecto a la obra de un creador en tanto en cuanto persona moral. Sobre el criterio del aporte habrá que precisar que remite a algo objetivo y materialmente verificable en relación a algo que existe; en cuanto al término «intelectual» éste remite al espíritu y a la opción del autor, por oposición a lo que es casual y a lo que es arbitrario. Entonces, el criterio como el término parecen avecinar el derecho de autor y el derecho de patentes. Ahora bien, este modus operandi no es una solución ortodoxa respecto a los principios tradicionales del derecho de autor, pero sí es comprensible, no obstante, dentro del contexto.*

*La evolución del concepto de originalidad parece conducir a calificar todas las creaciones como creaciones originales, ¡tánta es la amplitud que se ha dado a este concepto!, concepto que ya no sigue respondiendo a su función de filtro para dar entrada al seno del derecho de autor.*

*No es de extrañar entonces, que la doctrina califique la originalidad de «ocio fundamental» del derecho de autor, de «noción en crisis» impregnada de una «imprecisión total» y que suscita un «enjambre jurisprudencial».*

*A este marasmo frente al que nos encontramos, habrá que añadir, la influencia del derecho de la Unión europea porque, incluso si las Directrices de la Unión europea son – oficialmente – discretas a cerca de las condiciones existentes del derecho de autor en particular, al contrario, en realidad el derecho de la Unión europea se interesa enormemente en la originalidad. La jurisprudencia europea (reciente) se ha dedicado a sostener una tercera manera de abordar la originalidad, entendida esta vez, como la creación intelectual propia a*

par rapport à un créateur qui serait une personne morale. Le critère de l'apport renvoie à quelque chose d'objectif et de matériellement vérifiable par rapport à l'existant; quant au terme «intellectuel», il renvoie à l'esprit et aux choix de l'auteur, par opposition au hasard et à l'arbitraire. Ces critères semblent alors rapprocher le droit d'auteur du droit des brevets, or ce n'est pas une solution orthodoxe au regard des principes traditionnels du droit d'auteur, mais qui se comprend néanmoins dans le contexte.

L'évolution de la notion d'originalité semble parfois viser à ce que toutes les créations soient qualifiées d'originales tant le concept est largement entendu. Il ne répond donc plus à sa fonction de filtre à l'entrée du droit d'auteur.

Il n'est donc pas étonnant que la doctrine qualifie l'originalité de «vice fondamental» du droit d'auteur, de «notion en crise» imprégnée d'un «flou artistique» et suscitant un «maquis jurisprudentiel».

Ajoutons à ce marasme, l'influence du droit de l'Union européenne puisque même si les directives de l'Union se montrent – officiellement – particulièrement discrètes quant aux conditions d'existence du droit d'auteur, il n'en demeure pas moins que le droit de l'Union européenne s'est, en réalité, fortement intéressé à l'originalité. Aussi, la jurisprudence européenne (récente) s'est elle attachée à retenir une troisième approche de l'originalité, entendue cette fois comme la création intellectuelle propre

definition is that it extends to all the works covered in the directives: photographs, computer programs and databases. However, the definition differs even more from the traditional definition in France focusing on the stamp of the author's personality (I) and is closer to a modern conception of originality (II).

Today, the three approaches (stamp of the author's personality, mark of the author's intellectual input and the author's own intellectual creation) are used. The courts are fairly pragmatic and adopt a case-based approach, adapting the concept to the nature of the work. The end result today is a concept buffeted on the sea of literary and artistic property, so much so that we may wonder in what direction originality is heading (III) given how imperative it seems to rethink the concept.

#### **PART 1 – THE CLASSIC CONCEPT OF ORIGINALITY: STAMP OF THE AUTHOR'S PERSONALITY**

Originality, considered in the classic sense, cannot be understood without referring to the way in which it was developed and shaped by scholarship and the courts (I). As conceived, it is normally distinguishable from other related concepts commonly used notably in industrial property law (II).

*su autor<sup>3</sup>; definición que puede ser vista como la prolongación de la marca del aporte intelectual. Esta definición presenta la ventaja de extenderse a todas las obras contenidas en las Directivas, a saber: fotografías, programas informáticos para computadora o bases de datos. Abra bien, dicha definición difiere, aún más, de la definición clásica francesa ligada a la huella de la personalidad del autor (I) y se acerca a la de una concepción moderna de la originalidad (II).*

*Actualmente, estas tres maneras de abordar la originalidad (huella de la personalidad del autor, marca del aporte intelectual del autor y creación intelectual propia a su autor) están en curso. La jurisprudencia es más bien pragmática y casuística y adapta el concepto a la naturaleza de la obra; de lo cual resulta un concepto que se convierte hoy en día en una noción maltratada en el océano del derecho de autor, hasta tal punto que cabe plantearse la pregunta de hacia qué horizontes boga la originalidad (III) y cuán importante es ponerse a pensar en la noción.*

#### **PRIMERA PARTE – EL CONCEPTO CLÁSICO DE ORIGINALIDAD: LA HUELLA DE LA PERSONALIDAD DEL AUTOR**

*La originalidad, tal cual se desprende de la acepción clásica, no puede comprenderse sin hacer referencia a la manera cómo ha sido elaborada y modelada por la doctrina y por los jueces (I). Tal como ha sido concebida, permite distinguirla normalmente de otras nociones conexas a las que es usual referirse, en particular, en materia de propiedad industrial (II).*

à son auteur<sup>3</sup>; définition qui peut être vue comme le prolongement de la marque de l'apport intellectuel. Cette définition présente l'avantage de s'étendre à toutes les œuvres contenues dans les directives : photographies, programmes d'ordinateur ou bases de données. Cependant, cette définition diffère, encore davantage, de la définition classique française attachée à l'empreinte de la personnalité de l'auteur (I) et se rapproche d'une conception moderne de l'originalité (II).

Aujourd'hui, les trois approches (empreinte de la personnalité de l'auteur, marque de l'apport intellectuel de l'auteur et création intellectuelle propre à son auteur) ont cours. La jurisprudence est plutôt pragmatique et casuistique, adaptant le concept à la nature de l'œuvre. Il en résulte un concept qui est aujourd'hui une notion malmenée sur la mer du droit d'auteur à tel point que nous pouvons nous demander vers quelles perspectives vogue l'originalité (III) tant il semble impératif de repenser la notion.

## **PARTIE 1 – LA NOTION CLASSIQUE D'ORIGINALITÉ : L'EMPREINTE DE LA PERSONNALITÉ DE L'AUTEUR**

L'originalité, telle qu'elle résulte de l'acception classique, ne peut se comprendre sans faire référence à la façon dont elle a été élaborée et façonnée par la doctrine et les juges (I). Telle que conçue, elle permet normalement d'être distinguée d'autres notions voisines auxquelles il est coutume de se référer, notamment en matière de propriété industrielle (II).

## I. Historical Development of the Concept of Originality

The emergence of the concept of originality in France was a particularly laborious and late process (A), but one that ultimately forged a criterion that is clearly distinguishable in principle from the other criteria adopted in the field of intellectual property (B).

### A. The Emergence of the Concept of Originality in France

The absence of a condition of originality enshrined in the law (1) led the courts to take on the task (2).

#### 1. The Absence of a Condition in the Law

There is one point on which all scholars seem to agree: originality, as the condition for granting or, on the contrary, denying a work protection is the “cornerstone”, “touchstone”, “keyword” or “key concept” of French literary and artistic property law.

Apart from a brief reference in article L. 112-4 of the Intellectual Property Code primarily concerning titles of works and databases, the concept of originality paradoxically maintains a low profile insofar as there is no legislative definition of it even though it underpins the whole literary and artistic property system. Ever present and yet absent, originality is elusive to say the least.

## I. Historicidad del concepto de originalidad

*El proceso que condujo a que emergiera el concepto de originalidad en Francia fue particularmente laborioso y tardío (A) pero logró forjar un criterio que en principio se distingue netamente de los demás criterios sostenidos en materia de propiedad intelectual (B).*

### A. Emergencia en Francia del concepto de originalidad

*El hecho de carecer de condición legal de originalidad (1) ha llevado a los jueces a crear un campo del derecho cuya base esencial es la jurisprudencia (2).*

#### 1. Carencia de condición legal

*Al parecer, existe un punto acerca del cual todos los autores parecen ser unánimes: la originalidad, en tanto en cuanto ella permite reconocer o, al contrario, rechazar la protección del derecho de autor a una obra, constituye la «piedra angular», la «piedra de toque», la «palabra clave» o el «concepto faro» del derecho francés.*

*Fuera de una breve mención en el artículo L.112-4 del Código de la Propiedad Intelectual que concierne esencialmente los títulos de las obras y de las bases de datos, el concepto de originalidad se vuelve paradójicamente discreto en la medida en que no está definido en los textos, cuando en realidad, es el concepto que sustenta todo el derecho de autor. Omnipresente y no obstante ausente, la originalidad es a lo menos huidiza.*

## **I. Historique de la notion d'originalité**

Le processus d'émergence de la notion d'originalité en France a été particulièrement laborieux et tardif (A), mais il a abouti à forger un critère qui se distingue en principe nettement des autres critères retenus en matière de propriété intellectuelle (B).

### **A. L'émergence en France de la notion d'originalité**

L'absence de condition légale d'originalité (1) a conduit les juges à faire œuvre prétorienne (2).

#### ***1. L'absence de condition légale***

Il est un point sur lequel tous les auteurs semblent unanimes : l'originalité, en tant qu'elle permet de reconnaître ou au contraire de refuser la protection par le droit d'auteur à une œuvre, constitue la «pierre angulaire», la «pierre de touche», le «maître-mot» ou encore le «concept phare» du droit d'auteur français.

Hormis une brève mention à l'article L.112-4 du Code de la propriété intellectuelle qui concerne essentiellement les titres des œuvres ainsi que les bases de données, la notion d'originalité se fait paradoxalement discrète dans la mesure où elle n'est nulle part définie dans les textes alors qu'elle sous-tend tout le droit d'auteur. Omniprésente et pourtant absente, l'originalité est pour le moins fuyante.

In France, the concept was slow and late to establish itself.

It seems necessary in the first place to recall that the origins of literary and artistic property are closely tied to the invention of printing in the 15<sup>th</sup> century which dramatically transformed how works were disseminated. Nevertheless, there was no real, formally established literary and artistic property law until the end of the 18<sup>th</sup> century, in spite of the promulgation of a few protective texts viewed as precursors in this field.

So literary and artistic property really originated during the revolutionary period when property was raised to the rank of a natural right. The laws of 13 and 19 January 1791 and 19 and 24 July 1793 thus established respectively the exploitation monopoly of dramatic authors over the performance of their works and its extension to all authors. However, neither of these laws mentions originality: it was purely and simply absent in both the letter and the spirit of the laws. Likewise, it appears that scholarship was silent on the subject throughout the 19<sup>th</sup> century and when the term was used, it was in quite a different sense to the one ascribed to it today.

In fact, the term was generally used at the time in a purely legal sense, synonymous with an authentic document, an original document being one that had not been copied.

*En Francia, la noción se ha ido afirmando paulatinamente y tardíamente.*

*Va a ser pues necesario traer previamente a la memoria que los orígenes del derecho de autor están íntimamente ligados a la invención de la imprenta en el siglo XV, en la medida en que ella transforma radicalmente las condiciones de difusión de las obras. Sin embargo, sólo tres siglos después, en el siglo XVIII, existirá verdaderamente un derecho de autor formalmente establecido y ésto, a pesar de que se promulgaran edictos sobre algunos textos protectores, considerados a la sazón, como precursores.*

*En realidad, el derecho de autor nace verdaderamente durante la Revolución cuando se eleva la propiedad a la altura del derecho natural. Las leyes del 13 y del 19 de enero de 1791 y del 19 y 24 de julio de 1793 vienen así a consagrare respectivamente el monopolio de explotación de los autores dramáticos sobre la representación de sus obras y su extensión a todos los autores. Sin embargo, en ninguna de esas leyes se menciona la originalidad ya que, desde el punto de vista de la letra de los textos y del espíritu que los mueve, la originalidad está simplemente ausente. Asimismo, a todo lo largo del siglo XIX la doctrina permanece silenciosa al respecto y cuando en algunas ocasiones se empleaba el término lo era bajo un sentido que está lejos de ser el que hoy se le atribuye.*

*En la época, el término originalidad remitía, por regla general, a su acepción puramente jurídica como sinónimo de acto auténtico, ya que el acto original era aquel que no había sido objeto de copia.*

En France, la notion s'est affirmée lentement et tardivement.

Il semble nécessaire de rappeler, à titre préalable, que les origines du droit d'auteur sont intimement liées à l'invention au xv<sup>e</sup> siècle de l'imprimerie dans la mesure où celle-ci vient transformer radicalement les conditions de diffusion des œuvres. Cependant, jusqu'à la fin du xviii<sup>e</sup> siècle, il n'existe pas véritablement de droit d'auteur formellement établi et ce, malgré l'édition de quelques textes protecteurs, considérés à ce titre comme précurseurs.

Le droit d'auteur naît ainsi véritablement lors de la période révolutionnaire à l'occasion de laquelle la propriété est élevée au rang de droit naturel. Les lois des 13 et 19 janvier 1791 et des 19 et 24 juillet 1793 viennent ainsi consacrer respectivement le monopole d'exploitation des auteurs dramatiques sur la représentation de leurs œuvres et son extension à tous les auteurs. Cependant, aucune de ces lois ne fait mention de l'originalité : l'originalité était purement absente tant du point de vue de la lettre des textes que de leur esprit. De même, il s'avère que la doctrine s'est montrée muette sur ce point tout au long du xix<sup>e</sup> siècle et, lorsque le terme venait à être employé, il l'était dans un sens éloigné de celui qui lui est attribué aujourd'hui.

À cette époque, le terme renvoyait en réalité généralement à son acception purement juridique, synonyme d'acte authentique, l'acte original étant celui qui n'avait pas fait l'objet de copie.

Nor can any trace of originality be found in the law of 11 March 1902 on the protection of architectural and ornamental works, even though – as if prefiguring the future emergence of the concept – it established the irrelevance of a work's merit and purpose for its protection. In fact, the irrelevance of merit and purpose was subsequently codified in article L. 112-1 of the Intellectual Property Code by Law no. 92-597 of 1 July 1992, thus establishing the important principle that these criteria cannot be used to classify a work as original. The idea was to ensure that the conditions on which protection was granted were purged of any value judgments.

So, initially, there was no condition of originality and consequently no definition in the law.

## ***2. A Creature of Scholarship and the Courts***

We know that, in principle, if a definition is lacking in the law, it often falls upon the courts to fill the gaps left by the legislator. Therefore, it was the courts which gradually, with the help of scholars, forged the concept of originality. Professor Michel Vivant notes in this regard that the courts initially equated originality with novelty, in the sense that a work could enjoy protection only to the extent that it was not the reproduction of an earlier work.<sup>4</sup>

*Es igualmente imposible encontrar trazas de la originalidad en la ley del 11 de marzo de 1902, relativa a la protección de obras arquitectónicas y en general ornamentales incluso si – como si se tratara de una prefiguración de la futura aparición de la noción – dicha ley consagrara la no diferencia del mérito y del destino para proteger la obra. Abora bien, la no diferencia del mérito y del destino volverá a encontrar codificada en el artículo L. 112-1 del Código de la Propiedad Intelectual por la ley n° 92-597 del 1º de julio de 1992, quedando así consagrado el importante principio según el cual esos criterios son inoperantes para calificar una obra de original. Con esta idea lo que se busca es purgar de cualquier juicio de valor las condiciones para otorgar la protección.*

*Por lo tanto, originalmente no hay condición de originalidad y de ahí que tampoco la haya de definición legal.*

## ***2. Criatura doctrinal y tribunalicia***

*Como es bien sabido, cuando en principio no hay una definición legal, a menudo le corresponde a la jurisprudencia paliar las carencias dejadas por el legislador. De manera que son los jueces los que, poco a poco, con ayuda de la doctrina, han venido a forjar el concepto de originalidad. A este respecto, el Profesor Michel Vivant destaca, que en un primer momento los jueces asimilarán el concepto de originalidad a la noción de novedad, bajo el sentido de que la obra no irá a beneficiar de una protección sino en la medida en que no es la reproducción de ninguna obra anterior<sup>4</sup>.*

Il est également impossible de trouver une trace de l'originalité dans la loi du 11 mars 1902 relative à la protection des œuvres architecturales et plus généralement ornementales même si, un peu comme s'il s'agissait d'une préfiguration de la future apparition de la notion, elle consacre l'indifférence du mérite et de la destination pour la protection d'une œuvre. Or l'indifférence du mérite et de la destination se retrouvera codifiée à l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle par la loi n° 92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, consacrant ainsi l'important principe selon lequel ces critères sont inopérants pour qualifier une œuvre d'originale. L'idée étant de purger de tout jugement de valeur les conditions d'octroi de la protection.

Il n'y a donc pas, à l'origine, de condition d'originalité et par conséquent de définition légale.

## ***2. Créature doctrinale et prétorienne***

Or l'on sait qu'en principe, en l'absence de définition légale, il revient souvent à la jurisprudence de pallier les carences laissées par le législateur. Ce sont donc les juges qui sont venus, peu à peu, avec l'aide de la doctrine, forger la notion d'originalité. Le Professeur Michel Vivant relève à ce titre, que la notion d'originalité va dans un premier temps être assimilée par les juges à la nouveauté, en ce sens que l'œuvre ne va bénéficier d'une protection que dans la mesure où elle n'est la reproduction d'aucune œuvre antérieure<sup>4</sup>.

It was not until the end of the 19<sup>th</sup> century that originality in the sense of the author's personal touch appeared for the first time. Indeed, it is believed that one of the very first decisions to take the "stamp of the author's personality" into consideration as the criterion to establish a work's originality was a ruling of the Court of Appeal of Paris delivered on 10 April 1862 in the well-known *Cavour* case involving a portrait of the Count of Cavour. The Court of Appeal stated in its ruling: "*Photographic pictures do not necessarily have to be considered in every case as being devoid of any artistic character or included among purely material works; indeed, these pictures, though obtained with the help of a camera obscura and under the influence of light, may, to a certain extent and to a certain degree, be the product of the operator's thought, mind, taste and intelligence; their perfection, regardless of the hand's skill, depends to a large extent, in the case of the reproduction of landscapes, on the choice of perspective, the combination of the effects of light and shadow and additionally, in the case of portraits, the subject's pose and the arrangement of the clothes and accessories, all of which things are a matter of artistic feeling and give the photographer's work the stamp of his personality*".<sup>5</sup>

In spite of this – brief – appearance, the stamp of the author's personality did not gain force immediately. It only truly took hold from the middle of the 20<sup>th</sup> century, when the concept of originality as the stamp of the author's personality was systematised by scholarship

*No es sino a fines del siglo XIX cuando por primera vez aparecerá la originalidad entendida como «patte» (garra) personal del autor. En efecto, se considera que una entre todas las primeras sentencias que hay que tomar en consideración, la de «la huella de la personalidad del autor» como criterio capaz de establecer la originalidad de una obra, es una sentencia de la Corte de apelación de París del 10 abril de 1862, rendida con ocasión del famoso proceso judicial Cavour a propósito de un retrato del denominado Comte. Los jueces del conocimiento fallaron como sigue: «Considerando, que los dibujos fotográficos no deben ser necesariamente y en cualquier caso, considerados como destituidos de todo carácter artístico, ni relegados al número de obras puramente materiales; Que en efecto, estos dibujos, aunque obtenidos con ayuda de la cámara obscura y bajo la influencia de la luz, pueden, en una cierta medida y en un cierto grado, ser producto de la mente, del espíritu, del gusto y de la inteligencia del operador; Que su perfección, con independencia de la destreza manual, depende en gran parte, en cuanto a la reproducción de los paisajes, de la elección del punto de mira, de la combinación de los efecto de luz y de sombra y, además, en los retratos, de la pose de la persona, de la disposición del vestido y de los accesorios, cuantas cosas abandonadas al sentimiento artístico y que plasman en la obra del fotógrafo la huella de su personalidad».<sup>5</sup>*

*A pesar de esa – breve aparición – la huella de la personalidad del autor no se impondrá de inmediato. No se afirmará verdaderamente sino a partir de la primera mitad del siglo XX, época en la cual la noción de originalidad como huella de la personalidad del autor será sistematizada*

Ce n'est qu'à la fin du xix<sup>e</sup> siècle que l'originalité au sens de « patte » personnelle de l'auteur va apparaître pour la première fois. En effet, il est estimé que l'un des tous premiers arrêts à prendre en considération l'«empreinte de la personnalité de l'auteur» en tant que critère permettant d'établir l'originalité d'une œuvre, est un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 avril 1862 rendu à l'occasion de la fameuse affaire Cavour à propos d'un portrait dudit Comte. Les juges du fond jugèrent ainsi : « *Considérant que les dessins photographiques ne doivent pas être nécessairement, et dans tous les cas, considérés comme destitués de tout caractère artistique, ni rangés au nombre des œuvres purement matérielles; Qu'en effet, ces dessins, quoique obtenus à l'aide de la chambre noire et sous l'influence de la lumière, peuvent, dans une certaine mesure et dans un certain degré, être le produit de la pensée, de l'esprit, du goût et de l'intelligence de l'opérateur; Que leur perfection, indépendamment de l'habileté de la main, dépend en grande partie, dans la reproduction des paysages, du choix du point de vue, de la combinaison des effets de lumière et d'ombre, et, en outre, dans les portraits, de la pose du sujet, de l'agencement du costume et des accessoires, toutes choses abandonnées au sentiment artistique et qui donnent à l'œuvre du photographe l'empreinte de sa personnalité*»<sup>5</sup>.

Malgré cette – brève – apparition, l'empreinte de la personnalité de l'auteur ne va pas s'imposer de suite. Elle ne va véritablement s'affirmer qu'à partir de la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle, époque à laquelle la

spearheaded by Henri Desbois who, in 1950, fixed the classic understanding of the concept for several decades.<sup>6</sup>

A creation of scholarship and the courts, originality became a subjective concept, to be distinguished from the sense adopted in other foreign laws, whether based on civil law or common law. It should be pointed out at this juncture that nowhere else in the world is originality such a subjective notion. Germany applies a concept influenced by Hegelian and Kantian theories linking originality with creative expression, or with the formation and deployment of personal autonomy. This approach attaches great importance to artistic "expression". Therefore, modern German doctrine reflects a combination of the (admittedly largely subjective) search for individuality and a minimum of creativity.

In English law, "originality" denotes the manner in which the work is reduced to material form and not the originality of the idea on which it is based.

Therefore, the word "originality" does not mean that the work must be the expression of original and inventive thought. Copyright is not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought and, in the case of a literary work, with the expression of

*por la doctrina representada por la punta de lanza de Henri Desbois, que en 1950 fijará la aceptación clásica del concepto de originalidad y así será durante varios decenios.<sup>6</sup>*

*Creación doctrinal y jurisprudencial, la originalidad se convierte entonces en algo subjetivo y habrá que distinguirla de la que será mantenida en otras legislaciones extranjeras de influencia civilista o de Common Law. Llegados a esta etapa, de lo que se trata es de poner de manifiesto que en ninguna parte del mundo la originalidad ha logrado llegar a un nivel tan alto nivel de subjetividad. En Alemania, la doctrina implica una noción influenciada por las teorías de Hegel y de Kant que vinculan la originalidad con la expresión creativa, con la formación y con el despliegue de la autonomía personal. Este enfoque, otorga una gran importancia a «la expresión» artística. Así pues, la doctrina alemana moderna se caracteriza por la combinación de la búsqueda (esencialmente subjetiva, desde luego), de la individualidad, pero también por una creatividad mínima.*

*En derecho inglés, la originalidad designa la manera como la obra se reduce a una forma material y no a la originalidad de la idea sobre la cual reposa.*

*El término de «originalidad» no significa en modo alguno que la obra sea la expresión de una idea original e inventiva. El derecho de autor no se siente concernido por la originalidad de las ideas sino por la expresión del pensamiento y en el caso de las obras literarias, por la manera*

notion d'originalité en tant qu'empreinte de la personnalité va être systématisée par la doctrine représentée par le fer-de-lance Henri Desbois qui va venir en 1950 fixer l'acception classique de la notion et ce pour plusieurs décennies<sup>6</sup>.

Création doctrinale et jurisprudentielle, l'originalité devient alors subjective et devra être distinguée de celle qui sera retenue dans les autres législations étrangères, qu'elles soient d'influence civiliste ou de Common Law. À ce stade, il s'agit de remarquer que, nulle part ailleurs dans le monde, l'originalité n'est aussi hautement subjectiviste. En Allemagne, la doctrine implique une notion influencée par les théories hégélienne et kantienne qui lient l'originalité à l'expression créative, à la formation et au déploiement de l'autonomie personnelle. Cette approche accorde une grande importance à «l'expression» artistique. Ainsi, la doctrine allemande moderne se caractérise par la combinaison de la recherche (principalement subjective certes) de l'individualité mais aussi, par une créativité minimale.

En droit anglais, «l'originalité» désigne la manière dont l'œuvre est réduite à une forme matérielle et non pas à l'originalité de l'idée sur laquelle elle repose.

Le terme «d'originalité» ne signifie donc nullement que l'œuvre soit l'expression d'une pensée originale et inventive. Le droit d'auteur n'est pas concerné par l'originalité des idées, mais par l'expression des pensées, et, dans le cas des œuvres littéraires, par l'expression des pensées dans

thought in print or writing. Copyright does not require that the expression takes an original or novel form, but that the work is not copied from another work, in other words that it originates from the author.

“It is the product of the labour, skill and capital of one man which must not be appropriated by another, not the elements, the raw material, if one may use the expression, upon which [they] have been expended [to make the work]. To secure copyright, the labour, skill and capital should have been expended sufficiently to impart to the product some quality or character which the raw material did not possess, and which differentiates the product from the raw material.”

In the USA, section 102 of the Copyright Act is applied and, according to well-established case law, originality does not imply that the author must be the first to have the idea of the work but only that the work must originate from the author, in other words the author did not steal the work's expression from someone else. Originality in this context just means that slavish copying is prohibited, regardless of the paucity of the author's own artistic input. It suffices that the work is his own. To be original, the work must be the fruit of the author's skill, labour and judgment. Although the distinction was not clearly recognised in early decisions, it is now well established that the originality needed in copyright law implies only an independent creation, without requiring novelty. Accordingly, copyright protection cannot be denied simply because the work is substantially similar to one produced earlier by someone else and so is not new. Originality simply means that the work originates from the author and that it was created

*como están expresados los pensamientos en la redacción. El derecho de autor no exige que dicha expresión lo sea en una forma original o nueva, exige únicamente que no sea la copia de otra obra, es decir que provenga del autor.*

*La obra es producto del trabajo, de la destreza, y del capital de un hombre del que otro hombre no tiene que apropiarse y no de los elementos, del material bruto – si podemos utilizar esta expresión – a partir de los cuales la obra ha sido elaborada. Para gozar del derecho de autor, es necesario que el trabajo, la destreza y el capital estén suficientemente desarrollados a fin de imprimirle al producto una calidad o un carácter que el material bruto no poseía y que por esta razón lo diferencia de aquél.*

*En cuanto a los americanos, éstos aplican el artículo 102 del Copyright Act en el que, según una jurisprudencia bien establecida, la originalidad no implica que el autor sea el primero en haber tenido la idea de la obra, sino únicamente que ésta le deba su origen, es decir que el autor no le haya robado la expresión de la dicha obra a un tercero. Dentro de este contexto, la originalidad significa únicamente la prohibición de la copia servil, poco importa la pobreza del complemento artístico propio del autor. Basta simplemente con que sea el suyo. Para que la obra revista el carácter de original, debe ser fruto de la destreza, del trabajo y del juicio del autor. Si bien es cierto que en las primeras sentencias la distinción no estaba claramente reconocida, hoy ha quedado claramente establecido que la originalidad, necesaria al derecho de autor, no implica más que una creación independiente, carente de novedad. Por este hecho, no se puede rechazar la protección de la ley simplemente porque la obra sería substancialmente similar a una obra*

l'écriture. Le droit d'auteur n'exige pas que cette expression soit d'une forme originale ou nouvelle, mais qu'elle ne soit pas copiée d'une autre œuvre, c'est-à-dire qu'elle provienne de l'auteur.

C'est le produit du travail, de l'adresse et du capital d'un homme qui ne doit pas être approprié par un autre, et non les éléments, le matériau brut, si on peut utiliser cette expression, à partir desquels l'œuvre a été élaborée. Pour bénéficier du droit d'auteur, il est nécessaire que le travail, l'adresse et le capital soient développés suffisamment afin d'imprimer au produit une qualité ou un caractère que le matériau brut ne possédait pas et qui le différencie ainsi de celui-ci.

Les Américains quant à eux appliquent l'article 102 du Copyright Act et, selon une jurisprudence bien établie, l'originalité n'implique pas que l'auteur soit le premier à avoir l'idée de l'œuvre, mais uniquement que celle-ci lui doit son origine, c'est-à-dire qu'il n'ait pas volé l'expression de cette œuvre à un tiers. L'originalité, dans ce contexte, signifie uniquement l'interdiction de la copie servile, peu importe la pauvreté du complément artistique propre à l'auteur. Il suffit simplement que ce soit le sien. Pour être originale, l'œuvre doit être le fruit de l'adresse, du travail et du jugement de l'auteur. Bien que dans les premières décisions la distinction n'était pas clairement reconnue, il est clairement établi aujourd'hui que l'originalité, nécessaire au droit d'auteur, n'implique qu'une création indépendante, sans nouveauté. De ce fait, on ne peut pas refuser la protection de la loi simplement parce que l'œuvre serait

independently and was not copied from someone else's work. That is why a work is original and enjoys copyright protection even if it is identical to an earlier work, provided that it is not a copy of that earlier work but rather an independent creation stemming purely from its author's intellectual effort.

The U.S. Supreme Court<sup>7</sup> ruled that there is originality for the purposes of copyright law when the author's work is the result of a "modicum of creativity" and the work was created independently and not copied from an existing work.

In Canada, section 2 of the Copyright Act provides that "*every original literary, dramatic, musical and artistic work*" enjoys the protection afforded by the law. No inventive activity is required. To be original, the work must originate from the author and bear the author's stamp.

In 2004, the Canadian Supreme Court explained how the criterion of originality should be defined: the work must "*originate from an author*", i.e. "*it must be more than a mere copy*" and "*must be the product of an author's exercise of skill and judgment*" which "*must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise*".

*producida por otros con anterioridad y, por lo tanto, porque no es nueva. La originalidad significa sencillamente que la obra le debe su origen al autor; que la obra ha sido creada con toda independencia y no copiada sobre el trabajo de otro. Es la razón por la cual una obra es original y beneficia de la protección acordada por el derecho de autor incluso si es idéntica a una obra anterior, bajo la sola condición de que no se trate de una copia de la dicha obra sino de una creación independiente que es el resultado del sólo esfuerzo intelectual de su autor.*

*La Corte Suprema<sup>7</sup> ha decidido que la originalidad en derecho de autor se genera cuando el trabajo del autor es el resultado de un «mínimo de creatividad» ; que la obra ha sido creada de manera independiente y que no es la reproducción de una obra ya existente.*

*En el Canadá, el artículo 2 de la loi canadiense sobre derecho de autor dispone que benefician de la protección que otorga la ley : «todas las obras originales en el ámbito literario, artístico, dramático o musical». No se requiere actividad inventiva alguna. Para ser original, la obra debe emanar del autor y estar marcada con su huella.*

*En 2004, la Corte Suprema canadiense explicó cómo había que definir el criterio de originalidad: la obra debe emanar del autor, es decir que debe ser algo más que una simple copia y debe ser producto del talento y del genio, ejercicio éste, que no debe descuidarse hasta el punto de poder asimilarlo a una labor puramente mecánica.»*

substantiellement similaire à une œuvre produite antérieurement par d'autres et, n'est pas de ce fait, nouvelle. L'originalité signifie simplement que l'œuvre doit son origine à l'auteur; qu'elle a été créée indépendamment et non pas copiée sur le travail d'autrui. C'est pourquoi une œuvre est originale et bénéficie de la protection accordée par le droit d'auteur même si elle est identique à une œuvre antérieure, sous la seule condition qu'il ne s'agisse pas d'une copie de celle-ci mais d'une création indépendante résultant du seul effort intellectuel de son auteur.

La Cour Suprême<sup>7</sup> a décidé que l'originalité en droit d'auteur est générée lorsque le travail de l'auteur est le résultat d'un «minimum de créativité»; que l'œuvre a été créée de manière indépendante, et qu'elle ne reproduit pas une œuvre existante.

Au Canada, l'article 2 de la loi canadienne sur le droit d'auteur dispose que bénéficient de la protection accordée par la loi, «*toutes les œuvres originales dans le domaine littéraire, artistique, dramatique ou musical*». Aucune activité inventive n'est requise. Pour être originale, l'œuvre doit émaner de l'auteur et être marquée de son empreinte.

En 2004, la Cour Suprême canadienne a expliqué comment il fallait définir le critère d'originalité : «*une œuvre doit émaner de l'auteur, c'est-à-dire qu'elle doit être davantage qu'une simple copie et doit être le produit du talent et du jugement, lequel exercice ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique.*»

According to the stated criterion of exercising skill and judgment, “skill” means the use of one’s knowledge, developed aptitude or practised ability in producing the work and “judgment” means the use of one’s capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation by comparing different possible options in producing the work.

As the Court explained, the exercise of skill and judgment will necessarily involve intellectual effort. In the Court’s view, the words “contribute something intellectual to the work” mean “exercising skill and judgment”.

Alongside these conceptions, Australian copyright law is based entirely on “pure labour”, while the Japanese copyright law of 1970 grants protection to productions in which “thoughts and sentiments” are expressed “in a creative way”.

Moreover, international copyright law also recognises that an originality criterion is necessary. The records of diplomatic conferences and meetings of committees of experts held under the auspices of the World Intellectual Property Organization (WIPO) contain several statements confirming this requirement, which is the only applicable criterion, to the exclusion of others like artistic merit or purpose. The same statements also affirmed that originality was an integral part of the definition of a work. That said, there is no explicit or implicit definition of the concept of originality in the Berne Convention, the TRIPS Agreement or even the Universal Copyright Convention: as in

*Según el criterio referido sobre a ejercitar el talento y el genio enunciados, el talento se entiende como el hecho de recurrir a los conocimientos personales, a una aptitud adquirida o a una competencia fruto de la experiencia para producir la obra; y, el juicio o genio se entiende como la facultad de discernir o la capacidad de forjarse una opinión o de proceder a una evaluación comparando diferentes opciones posibles para producir la obra.*

*Como la Corte lo ha explicado, ejercer el talento o el juicio requiere de un esfuerzo intelectual. Según la Corte, los términos «procurar un aporte intelectual a la obra» significan «ejercer su talento y su juicio».*

*Al margen de esos conceptos, la legislación australiana en materia de derecho de autor reposa enteramente sobre el criterio de la «pura labor». En cuanto a la ley japonesa de 1970 sobre el derecho de autor, ella otorga la protección a las producciones en las que se transparentan «pensamientos y sentimientos» expresados de una manera creativa».*

*Por lo demás, el derecho de autor internacional reconoce por igual lo necesario que es el criterio de originalidad. Las Actas de las conferencias diplomáticas y de las reuniones de los comités de expertos sostenidos bajo la égida de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), contienen varias declaraciones que confirman dicha exigencia, exigencia que constituye el único criterio aplicable con exclusión, por ejemplo, del mérito artístico o del objeto. Estas mismas declaraciones también han afirmado que la originalidad es parte integrante de la definición de la obra. Esto dicho, no existe ninguna definición directa o implícita del concepto de originalidad ni en la*

Selon le critère de l'exercice du talent et du jugement énoncé, le talent s'entend du recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre et, le jugement, de la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre.

Comme la Cour l'a expliqué, l'exercice du talent et du jugement nécessite un effort intellectuel. Selon la Cour, les mots «faire un apport intellectuel à l'œuvre» signifient «exercer son talent et son jugement».

À la marge de ces conceptions, la législation australienne en matière de droit d'auteur repose entièrement sur un critère dit du «pur labeur». Quant à la loi japonaise de 1970 sur le droit d'auteur, elle accorde une protection aux productions dans lesquelles transparaissent «les pensées et les sentiments» exprimés «de manière créative».

Par ailleurs, le droit d'auteur international reconnaît également la nécessité d'un critère d'originalité. Les actes des conférences diplomatiques et des réunions des comités d'experts tenues sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), contiennent plusieurs déclarations qui confirment cette exigence, laquelle constitue le seul critère applicable, à l'exclusion, par exemple, du mérite artistique ou de l'objet. Ces mêmes déclarations ont tout autant affirmé que l'originalité faisait partie intégrante de la définition de l'œuvre. Ceci étant, il n'existe aucune définition directe ou implicite du concept d'originalité, ni dans la

French law, the work's originality is not even mentioned.

However, according to WIPO studies on the interpretation of the Berne Convention (and its incorporation in the TRIPS Agreement), a concept of originality based on creative choices seems to be recognised implicitly in international copyright law for all categories of works.

Hence France really stands out both from other civil law countries and from common law countries in that the conception of originality adopted by classic scholarship is essentially personalist in nature.

### ***B. The Personalist Conception***

The personalist conception that emerges in the concept of originality as understood traditionally by scholarship and case law in France reflects a subjectivist philosophy (1) which was strongly influenced by artistic conceptions prevalent when the concept emerged (2).

#### ***1. The Subjectivist Philosophy***

In his treatise *Le droit d'auteur en France*, Henri Desbois explains that “*for a work to give rise to authors' rights, it is sufficient for it to be original, in the subjective sense of the word: it does not need to be new, in the objective sense*”.<sup>8</sup> Desbois makes a distinction here between originality and mere novelty. He supports

*Convención de Berna, ni en los Acuerdos ADPIC, ni incluso en la Convención Universal; al igual que en derecho francés, en ninguna de ellas se menciona la originalidad de la obra.*

*Sin embargo, según los estudios realizados por la OMPI sobre la interpretación de la Convención de Berna (y sobre la incorporación de ésta última en los Acuerdos sobre los ADPIC), una noción de originalidad basada sobre las opciones creativas parece haberse reconocido implícitamente en derecho internacional y ello, para todas las categorías de obras.*

*De tal suerte, que Francia se distingue realmente de los demás países civilistas como de Common Law, en que el concepto de originalidad retenido por la doctrina clásica es un concepto esencialmente personalista.*

### ***B. El concepto personalista***

*La concepción personalista que brota del concepto de originalidad tal como lo entienden la doctrina y la jurisprudencia clásicas está impenada de filosofía subjetivista (1) la cual se inspira fuertemente en concepciones artísticas contemporáneas de la emergencia del concepto (2).*

#### ***1. La filosofía subjetivista***

*El profesor Henri Desbois, en su obra *Le droit d'auteur en France*, explica: «para que una obra dé pie a los derechos de autor, basta con que sea original en el sentido subjetivo del término; no se necesita que sea nueva, en sentido objetivo». El profesor Desbois procede aquí estableciendo una distinción entre*

Convention de Berne, ni dans l'accord sur les ADPIC, ni même dans la Convention Universelle : comme en droit français, l'originalité de l'œuvre n'y est même pas mentionnée.

Mais, d'après les études de l'OMPI sur l'interprétation de la Convention de Berne (et l'incorporation de celle-ci dans l'accord sur les ADPIC), une notion d'originalité fondée sur les choix créateurs semble être reconnue implicitement en droit d'auteur international et ce, pour toutes les catégories d'œuvres.

De sorte que la France se distingue réellement des autres pays civilistes comme de Common Law, en ce que la conception de l'originalité retenue par la doctrine classique est essentiellement personnaliste.

## **B. La conception personnaliste**

La conception personnaliste, qui transpire du concept d'originalité tel qu'entendu par la doctrine et la jurisprudence classiques, est empreinte de philosophie subjectiviste (1), laquelle s'inspire fortement des conceptions artistiques contemporaines à l'émergence de la notion (2).

### **1. La philosophie subjectiviste**

Dans son ouvrage *Le droit d'auteur en France*, Henri Desbois explique qu'«*il suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif*»<sup>8</sup>. Desbois vient ici procéder à une

his argument with an example involving two painters who paint the same subject one after the other. According to Desbois, only the work that was painted first could be described as new, but both works should be considered original. Therefore, the difference between an objective, almost chronological approach to originality and a more subjective one is clearly apparent here.

At the same time, Desbois triggered the expression “stamp of the personality” which was adopted and enshrined in 1973 by the First Civil Chamber of the Court of Cassation which referred for the first time to the “stamp of personal creative talent”.<sup>9</sup>

From then on, originality could no longer be equated conceptually with novelty, as had been the case in the past. The fundamental difference between literary and artistic property and industrial property emerged. Indeed, while industrial property found an anchor in the concept of novelty – which it established as the basic condition to be fulfilled to be eligible for a grant of title – literary and artistic property, for its part, came to be built entirely on a personalist conception: the work is the exteriorisation of the author and the materialisation of the author’s personality. Because the author is present in the work, originality must be subjective. The identity between the work and the author implies that originality is conceived as the stamp of the author’s personality.

*originalidad y lo que es una simple novedad y lo corrobora ilustrando su propósito poniendo en escena a dos pintores dispuestos a realizar una composición, primero uno y después otro, sobre el mismo tema. Según el Profesor Desbois, únicamente la primera de las dos obras realizadas puede ser calificada de obra nueva pero en realidad habría que considerar a las dos obras como originales. Percibimos entonces la diferencia entre lo que es una manera objetiva – casi cronológica – de abordar el problema, y otra más subjetiva en cuanto a la originalidad.*

*De esta manera, el Profesor Dubois da lugar a la expresión «huella de la personalidad», expresión que será mantenida y consagrada en 1973 por la primera Sala civil de la Corte de casación cuyos magistrados evocarán por primera vez «la huella del talento creador personal».*

*A partir de lo cual, la originalidad ya no puede seguir confundiéndose, conceptualmente, con la noción de novedad como fue antaño el caso. Vemos pues cómo va emergiendo la diferencia fundamental que existe entre la propiedad literaria y artística y la propiedad industrial. En efecto, si la propiedad industrial encuentra un asidero gracias a la noción de novedad – noción que ella erige como condición de fondo para poder pretender que el derecho de autor le otorgue un título, entonces el derecho de autor se convierte en un derecho totalmente construido sobre una concepción personalista: la obra es la exteriorización del autor, la materialización de su personalidad. Puesto que el autor está presente en su obra, la originalidad sólo puede ser subjetiva. La identidad entre la obra y su autor lleva implícita que la originalidad se concibe como la huella de su personalidad.*

distinction entre l'originalité et la simple nouveauté. Il étaye ses propos à l'aide d'une illustration mettant en scène deux peintres qui l'un après l'autre vont composer sur un même sujet : selon Desbois, seule l'œuvre réalisée en premier peut être qualifiée de nouvelle, mais les deux œuvres devraient en réalité être considérées comme étant originales. L'on sent donc bien la différence entre une approche objective, quasi chronologique et une approche plus subjective de l'originalité.

Ce faisant, il donne une prise à l'expression d'«empreinte de la personnalité» qui sera retenue et consacrée en 1973 par la première chambre civile de la Cour de cassation dont les magistrats vont évoquer pour la première fois «l'empreinte du talent créateur personnel»<sup>9</sup>.

Dès lors, l'originalité ne peut plus, de façon conceptuelle, se confondre avec la nouveauté comme ce fut jadis le cas. L'on assiste à l'émergence de la différence fondamentale qui existe entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. En effet, si la propriété industrielle trouve un point d'ancrage avec la notion de nouveauté – qu'elle érige en condition de fond à remplir pour pouvoir prétendre à l'octroi d'un titre – le droit d'auteur, quant à lui, devient tout entier construit sur une conception personnaliste : l'œuvre est l'extériorisation de l'auteur, la matérialisation de sa personnalité. Parce que l'auteur est présent dans son œuvre, l'originalité ne peut être que subjective. L'identité entre l'œuvre et l'auteur implique que l'originalité soit conçue comme l'empreinte de sa personnalité.

Along the same lines, Joseph-Marie Portalis had already explained during a session of parliamentary debates on 25 May 1839 that “*if there is one thing that is each man's personal property, it is his own intelligence. If labour can secure to someone the possession of something, surely it is to each of us the possession of the works of our own intelligence. Are what a man draws from his own substance and what his intelligence produces, are the revelations of his mind all external things that he needs to appropriate? No, they are still him, outside of him: in this case, there is not only ownership by appropriation, as the philosophers would say, but ownership by nature, by essence, by indivision, by indivisibility of the object and subject*”.<sup>10</sup>

So we can see that, in the view of jurists at the time, to contemplate a work was in a way to contemplate the author through it.

## **2. The Influence of Art**

Although jurists often use terms to which they assign meanings that are far removed at times from the meaning adopted in ordinary language, it cannot be asserted that they move in an abstract world, detached from the reality around them.

In fact, jurists are above all people who, being members of society, are necessarily influenced by it. So it should be stressed that the classic approach to

*Sobre lo que antecede, Joseph-Marie Portalis ya explicó en una sesión de debates parlamentarios de fecha 25 de mayo de 1839, que “si hay algo que constituye la íntima propiedad de cada quien, es su propia inteligencia. Si el trabajo puede garantizarle, a cada quien, la posesión de algo, es justamente la posesión de las obras de su propia inteligencia. Lo que el hombre extrae de su propia substancia, lo que su inteligencia produce, lo que revela su pensamiento, ¿son acaso esas cosas exteriores que necesita apropiarse? No, siempre es él, todo está en él; ahí no hay solamente propiedad por apropiación, como dicen los filósofos, sino propiedad por naturaleza, por esencia, por indivisión, por unicidad del objeto con el sujeto”<sup>10</sup>.*

*De lo que se desprende que para los juristas de la época contemplar una obra es, en un cierto sentido, contemplar, a través de ella, al autor.*

## **2. La influencia del arte**

*Si bien es algo habitual que los juristas utilicen términos comunes a los cuales les asignan acepciones que a veces están muy lejos del sentido que el lenguaje común les asigna, no por ello podemos decir que ellos se desenvuelven en un mundo abstracto y desconectado de la realidad circundante.*

*En efecto, los juristas son, ante todo hombres que por estar inscritos en el seno de una sociedad, forzosamente están influenciados por ella. De modo que no*

En ce sens Joseph-Marie Portalis avait déjà expliqué, à l'occasion d'une séance de débats parlementaires du 25 mai 1839, que «*s'il y a quelque chose qui soit la propriété intime de chacun, c'est sa propre intelligence. Si le travail peut assurer la possession de quelque chose à quelqu'un, c'est certainement à chacun de nous la possession des œuvres de notre propre intelligence. Ce que l'homme tire de sa propre substance, ce que son intelligence produit, les révélations de sa pensée, sont-ce choses extérieures qu'il ait besoin de s'approprier? Non, c'est encore lui, hors de lui : là, il n'y a pas seulement propriété par appropriation, comme disent les philosophes, mais propriété par nature, par essence, par indivision, par indivisibilité de l'objet et du sujet*»<sup>10</sup>.

Dès lors, l'on s'aperçoit que pour les juristes de l'époque, contempler une œuvre revient en un certain sens à contempler, à travers elle, l'auteur.

## **2. L'influence de l'art**

Bien qu'il soit monnaie courante que les juristes utilisent des termes communs auxquels ils assignent des acceptations parfois très éloignées du sens retenu dans le langage commun, l'on ne saurait pourtant avancer qu'ils évoluent dans un monde abstrait et déconnecté de la réalité environnante.

En effet, les juristes sont avant tout des hommes qui, s'inscrivant au sein d'une société, se trouvent forcément influencés par celle-ci. Dès

originality adopted by jurists can actually be interpreted as being inextricably linked to the Romantic movement, as also noted by Laurent Pfister,<sup>11</sup> who argues that the emergence of the notion of originality in the 19<sup>th</sup> century reflects a Romantic conception of creation.

Indeed, before then, originality was conceptualised in France only in the relationship between the initial work and its copy (the original work being the initial work, the copy of which had to be as faithful as possible) and originality was generally viewed disapprovingly. Authors were not encouraged in the slightest to show imagination or differentiate themselves; on the contrary, they were required to follow the classical canons of the day. However, the Romantic movement that originated around the same time in England and Germany before spreading throughout Europe in the 19<sup>th</sup> century gave rise to a very different vision of originality. Françoise Chaudenson explains that the English theorists Alexander Gerard and Edward Young viewed originality as “an opening, an extension of knowledge and an expansion of the cultural horizon”, while, at the same time, a baroque aesthetic was developing in Germany and a “frenzy of originality”.<sup>12</sup> From then on, Romanticism stood in opposition to the classical tradition and what was later the rationalism of the Enlightenment. It sought to release the imagination by promoting among other things freedom from restrictive rules but above all the expression of the creator’s personal feelings (subjectivity and solitude), his relationship with nature and his sensibility. It is asserted, therefore, that French *droit d'auteur* was based on a model of creation and creator magnified by 19<sup>th</sup> century writers. Examples of works

*hay que olvidar que la manera clásica que han mantenido los juristas de cómo abordar la originalidad puede interpretarse en realidad como que está intrínsecamente ligada al movimiento romántico, tal y como lo ha destacado Laurent Pfister<sup>11</sup>, para los cuales el hecho de que la originalidad emergiera en el siglo XIX, simboliza el concepto romántico de la creación.*

*Efectivamente, hasta esa época, no se concebía la originalidad en Francia sino como la relación entre la obra inicial y su copia (la obra original era la obra inicial y la copia debía ser lo más fiel posible) y, por regla general, toda originalidad se veía bajo un sentido peyorativo. Nada incitaba a los autores a poner a prueba su fantasía, a singularizarse, sino todo lo contrario, debían conformarse a los cánones clásicos de la época. Sin embargo, el movimiento romántico que nació simultáneamente en Inglaterra y en Alemania antes de difundirse en toda Europa durante el siglo XIX, va a ser la génesis de una visión totalmente distinta de la originalidad. Françoise Chaudenson explica que los teóricos ingleses Alexander Gerard y Edward Young conciben la originalidad como «una apertura, como una extensión del saber y como la ampliación del horizonte cultural» y asimismo, se va desarrollando paralelamente en Alemania una estética barroca un «frenésí por la originalidad»<sup>12</sup>. A partir de entonces, el Romanticismo se opone a la tradición clásica y a lo que será el racionalismo del Siglo de las Luces que apunta a liberar la imaginación privilegiando, entre otras cosas, la emancipación de las reglas obligadas y sobre todo, la expresión de los sentimientos personales del creador, a saber: lo subjetivo y la soledad que hay en él, su relación con la naturaleza, su sensibilidad. De modo que el derecho de autor se habría edificado a partir de un*

lors, il convient de remarquer que l'approche classique de l'originalité qui a été retenue par les juristes, peut en réalité s'interpréter comme étant intrinsèquement liée au mouvement romantique, comme l'a également relevé Laurent Pfister<sup>11</sup>, pour qui l'émergence de l'originalité au xix<sup>e</sup> siècle traduit une conception romantique de la création.

En effet, jusqu'à cette époque, l'originalité ne se concevait en France que dans le rapport entre l'œuvre initiale et sa copie (l'œuvre originale étant l'œuvre initiale, la copie devant être la plus fidèle possible), et toute originalité était généralement perçue de façon péjorative. Les auteurs n'étaient aucunement incités à faire preuve de fantaisie, à se singulariser, mais au contraire, devaient se conformer aux canons classiques de l'époque. Or, le mouvement romantique qui a pris naissance concomitamment en Angleterre et en Allemagne avant d'être diffusé dans toute l'Europe au cours du xix<sup>e</sup> siècle, va être à l'origine d'une toute autre vision de l'originalité. Françoise Chaudenson explique que les théoriciens anglais Alexander Gerard et Edward Young conçoivent l'originalité comme «une ouverture, une extension des savoirs et un élargissement de l'horizon culturel» de même que se développe parallèlement en Allemagne une esthétique baroque, une «frénésie d'originalité»<sup>12</sup>. Dès lors, le Romantisme s'oppose à la tradition classique et à ce qui sera le rationalisme des Lumières, il vise à procéder à une libération de l'imagination en privilégiant entre autres l'affranchissement des règles contraignantes, mais surtout l'expression des sentiments personnels (subjectivité et solitude) du créateur, son rapport avec la

that come to mind include Balzac's *The Unknown Masterpiece*, Zola's *L'œuvre*, Friedrich's painting *Wanderer above the Sea of Fog* or Chateaubriand's *Memoirs from Beyond the Grave*, which are particularly representative of this movement centred on the individual and his passions. These representations of the author (particularly in literature) are said to have seeped through to and thus influenced contemporary scholars and judges. Indeed, there is a physical, even carnal, relationship with the work. The painter totally identifies himself with his work. Jurists are believed to have drawn their romantic conception of the protected work from these writings.

So the modern concept of an original and unique work, in the sense that it is created by the artist himself and could be described as authentic in that it is unprecedented in the history of art, was forged at that time. The whole value of the work lay in its original character and thus in what constituted the stamp of the author's personality more than in any technical skill that the author might show.<sup>13</sup> Plagiarism, imitation and borrowing thus lost their interest, to the point of being viewed disparagingly for a time in art. However, the law, being more absolutist, made them infringing acts for good.

*modelo de creación y de creador que los escritores del siglo XIX magnificaron. Pensemos en la Obra Maestra desconocida de Balzac, en La Obra de Zola, en la pintura Le voyageur contemplant une mer de nuages de Friedrich o también en las Mémoires d'otre-tombe de Chateaubriand que son obras esencialmente representativas de ese movimiento autocentrado en el individuo y en sus pasiones. Todas esas representaciones del autor, literarias en particular, habrían así influenciado por capilaridad a los doctrinantes y a los jueces de la época. La relación con la obra es, en realidad, física, carnal. La identificación del pintor con su obra es total. Entonces, cabe decir que los juristas habrían extraído de esos escritos su concepción romántica de la obra protegida por el derecho de autor.*

*De manera, que es en esa época cuando se forja el concepto moderno de obra original y única en el sentido de que ha sido realizada de manos del artista y a la que está ligada la noción de autenticidad que se percibía en la época como inédita en la historia del arte. Todo el valor de la obra se encuentra en el carácter de su originalidad y por ello en eso que constituye en mayor grado la huella de la personalidad del autor que la tecnicidad de la que éste puede dar prueba<sup>13</sup>. El plagio, la imitación, el préstamo pierden entonces interés hasta el punto de acogerlos durante un tiempo en forma despectiva por lo que al arte se refiere. En cambio, el derecho, más absolutista hará de ellos definitivamente actos constitutivos de fraude.*

nature, sa sensibilité. Le droit d'auteur se serait donc construit à partir d'un modèle de création et créateur magnifié par les écrivains du XIX<sup>e</sup> siècle. L'on pense au *Chef d'œuvre inconnu* de Balzac, à *L'Œuvre* de Zola, à la peinture *Le voyageur contemplant une mer de nuages* de Friedrich ou encore aux *Mémoires d'outre-tombe* de Chateaubriand qui sont des œuvres particulièrement représentatives de ce mouvement autocentré sur l'individu et ses passions. Ces représentations, notamment littéraires, de l'auteur auraient ainsi influencé, par capillarité, doctrine et juges de cette époque. Le rapport à l'œuvre y est, en effet, physique, charnel. L'identification du peintre à son œuvre y est totale. Les juristes auraient ainsi puisé dans ces écrits leur conception romantique de l'œuvre protégée par le droit d'auteur.

Dès lors, c'est à cette époque qu'est forgée la notion moderne d'œuvre originale et unique au sens où elle est réalisée de la main de l'artiste et à laquelle est attachée la notion d'authenticité, perçue alors comme inédite dans l'histoire de l'art. Toute la valeur de l'œuvre se retrouve dans son caractère d'originalité et donc, dans ce qui constitue l'empreinte de la personnalité de l'auteur plus que dans la technicité dont l'auteur peut faire preuve<sup>13</sup>. Le plagiat, l'imitation, l'emprunt perdent alors de l'intérêt jusqu'à être réceptionnés péjorativement, pendant un certain temps, en art. Plus absolutiste, le droit en fera en revanche définitivement des actes constitutifs de contrefaçon.

The long process of developing the concept conducted by the courts and scholarship led to the creation of a criterion distinguishable from related concepts that are used in other branches of intellectual property law in the broad sense.

## **II. Originality and Related Concepts**

Originality “à la française” differs from several concepts used particularly in the field of industrial property, like novelty (A), banality (B) and inventiveness (C). Certain writers argue that it should be possible to link these concepts to the key criterion of literary and artistic property law.

### **A. Novelty**

Originality differs from novelty in that it is a subjective criterion whereas novelty is an objective one. Novelty is the criterion adopted in patent law, trademark law and industrial property law generally. It involves comparing the object for which protection is claimed with prior objects to determine whether it satisfies the requirement of novelty. This will be the case if there is no identical object in the prior art. Such a search of priority does not have to be conducted when it is a question of protection by literary and artistic property law.

The major difference between the criteria of novelty and originality lies in the author's personality. A scientific

*Habida cuenta del proceso de elaboración de la noción conducido por los jueces y por los doctrinantes, resulta que la creación es un criterio capaz de diferenciarse de otras nociones aproximadas, que prevalecen en diversas otras ramas del derecho de la propiedad intelectual, en sentido amplio.*

## **II. Originalidad y nociones conexas**

*La originalidad «a la francesa» se diferencia de varias otras nociones que se utilizan en particular en materia de propiedad industrial como son : la novedad (A), la banalidad (B) o también la inventiva (C); es por eso, que para ciertos autores dichas nociones deberían poder conectarse con el criterio faro de la propiedad literaria y artística.*

### **A. Novedad**

*La originalidad se distingue de la novedad en que conlleva un criterio subjetivo por oposición al criterio de la novedad que es un criterio objetivo. En derecho de patentes o en derecho de marcas y, por regla general, en derecho industrial, el criterio adoptado es el de la novedad. Consiste, este último en comparar el objeto para el cual se solicita la protección con objetos anteriores a fin de comprobar si satisface al criterio de novedad. Tal será el caso si no hay otro objeto idéntico en el que esté contenida la técnica empleada en el objeto anterior. Ahora bien, esa búsqueda de anterioridad no tiene por qué llevarse a efecto cuando se trata de la protección por el derecho de autor.*

*La diferencia esencial entre el criterio [subjetivo] de originalidad y el criterio [objetivo] depende de la personalidad del*

Compte tenu du processus d'élaboration de la notion, conduit par les juges et la doctrine, il en résulte la création d'un critère apte à se distinguer d'autres notions, voisines, qui ont cours dans les diverses autres branches du droit de la propriété intellectuelle, au sens large.

## **II. Originalité et notions voisines**

L'originalité «à la française» se distingue en effet de plusieurs notions particulièrement utilisées en matière de propriété industrielle, comme la nouveauté (A), la banalité (B) ou encore l'inventivité (C); or, pour certains auteurs, ces notions devraient pouvoir être rapprochées du critère phare de la propriété littéraire et artistique.

### **A. Nouveauté**

L'originalité se distingue de la nouveauté en ce qu'elle est un critère subjectif par opposition au critère de nouveauté qui, lui, est objectif. En droit des brevets ou en droit des marques, et plus généralement en droit de la propriété industrielle, le critère retenu est celui de la nouveauté. Il consiste à comparer l'objet pour lequel la protection est sollicitée avec des objets antérieurs pour voir s'il satisfait au critère de nouveauté. Tel sera le cas si aucun objet identique n'est contenu dans l'état antérieur de la technique. Or, cette recherche d'antériorité n'a pas à être menée lorsque la protection par le droit d'auteur est en question.

La différence majeure entre le critère de nouveauté et celui de l'originalité tient à la personnalité de l'auteur. Une découverte scientifique

discovery and a technical invention are not linked to the inventor's personality. Indeed, if its inventor had not invented it, sooner or later the invention would have existed anyway; it would have been invented by someone else. The inventor just had the genius to uncover it then. As Professor Frédéric Pollaud-Dulian points out, "*Fleming is not in penicillin; Newton's own personality is not expressed in the theory of gravity; nor does the quantum theory reflect the person of Max Planck, Albert Einstein or Louis de Broglie...*". By contrast, no one else would have written the works of Rabelais, Balzac or Proust, painted the paintings of El Greco, Chardin or Dalí or composed the music of Bach or Beethoven.<sup>14</sup>

Yet it is not uncommon for the courts to conflate a new work and an original one,<sup>15</sup> to such an extent that they may be considered twin concepts.<sup>16</sup> So the ruling handed down on 11 February 1997 by the First Civil Chamber of the Court of Cassation can be commended for making it clear that a work is protectable "subject only to the condition that" it has "an original character, regardless of the concept of priority which is irrelevant within the context of the application of the literary and artistic property right".<sup>17</sup>

However, it has to be acknowledged that the distinction between novelty and originality is far from obvious. In ordinary language, the two terms are considered to be synonymous and even jurists do not always use them in the same sense. For example, the Intellectual Property Code does not define novelty in the same way

*autor. El descubrimiento científico como el invento técnico está ligado a la personalidad del descubridor y del inventor. En realidad, si autor del invento no lo hubiera realizado, tarde o temprano, el invento habría existido sin él, habría sido realizado; simplemente lo que ha hecho el inventor es ingeníárselas para sacarlas a la luz. Como precisa el Profesor Frédéric Pollaud-Dulian: «Fleming no está en la penicilina, la personalidad propia de Newton no está expresada en la teoría de la gravitación universal, como tampoco la teoría de los quanta participa de la persona de Max Planck, de Albert Einstein y de Louis de Broglie...». En cambio, nadie hubiera escrito las obras de Rabelais, de Balzac o de Proust, nadie hubiera pintado los lienzos del Greco, de Chardin o de Dalí, o compuesto la música de Bach o de Beethoven».*<sup>14</sup>

*Sin embargo, no es raro que los jueces confundan obra nueva y obra original<sup>15</sup>, hasta el punto de llegar a asimilar sendas nociones como nociones gemelas<sup>16</sup>. Hay entonces que inclinarse ante la sentencia rendida por la primera Sala civil de la Corte de casación, el 11 de febrero de 1997, que tuvo buen cuidado en recordar que una obra es protegible «bajo la única condición» de que ella presente «un carácter original, con independencia de la noción de anterioridad inoperante en el contexto en el que se aplica el derecho de la propiedad literaria y artística».*<sup>17</sup>

*Habrá que reconocer, no obstante, que establecer la diferencia entre novedad y originalidad está lejos de ser evidente. En su acepción usual, sendos términos se emplean como sinónimos y el propio jurista no siempre los utiliza en el mismo sentido. De esta manera, la novedad no está definida en los mismos términos en el*

et une invention technique ne sont pas liées à la personnalité de l'inventeur. En effet, si celui-ci n'avait pas inventé, tôt ou tard, ces inventions auraient existé en dehors de lui, elles auraient été réalisées; simplement l'inventeur a eu le génie de les mettre au jour. Comme le précise le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian : «*Fleming n'est pas dans la pénicilline, la personnalité propre de Newton ne s'exprime pas dans la théorie de la gravitation, pas plus que celle des quanta ne participe à la personne de Max Planck, Albert Einstein et Louis de Broglie...*». En revanche, personne d'autre n'aurait écrit les œuvres de Rabelais, de Balzac ou de Proust, peint les tableaux de Greco, de Chardin ou de Dali, ou composé les musiques de Bach ou de Beethoven<sup>14</sup>.

Pourtant, il n'est pas rare que les juges confondent œuvre nouvelle et œuvre originale<sup>15</sup>, au point que l'on puisse considérer les notions comme jumelles<sup>16</sup>. On peut alors saluer l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 11 février 1997, qui a pris soin de rappeler qu'une œuvre est protégeable «*à la seule condition*» qu'elle présente «*un caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique*»<sup>17</sup>.

Il faut cependant reconnaître que la distinction entre nouveauté et originalité est loin d'être évidente. Dans le sens commun, les deux termes sont tenus pour synonymes et le juriste lui-même ne les utilise pas toujours dans le même sens. Ainsi, la nouveauté n'est pas définie de la

for patents (article L. 611-10), designs and models (article L. 511-3) and marks (article L. 711-4). To confuse matters even further, novelty and originality are not always clearly differentiated in literary and artistic property law. Article L. 113-2, para. 2 of the Intellectual Property Code is not afraid to describe a derivative work as "new". Similarly, in the audiovisual sphere, article L. 113-7, para. 3 IPC distinguishes between the original work formed by the pre-existing work or screenplay and the new work based on it. Even Henri Desbois, when discussing translation, referred to the idea of "subjective novelty"<sup>18</sup> while Professor Michel Vivant has defined originality as "novelty in the realm of the form".<sup>19</sup> Conversely, Professor Roubier did not hesitate to refer to the patentability of an "original device"<sup>20</sup> and the Spanish writer Azorin, for his part, declared in an interview in 1929 that "novelty is the artist's sensitivity".

So one has to admit that the opposition between novelty and originality is not obvious. Nevertheless, it is wrong to equate the two concepts without any differentiation. It is true that "*an original work, in that it bears the stamp of its author's personality, is necessarily new because no other person could have created an identical form before, for want of having the same personality as the author! But while originality implies novelty, the opposite is not true. A creation can doubtless be new without being original,*"<sup>21</sup> for example, if it is the result of know-how.

*Código de la propiedad intelectual o en materia de patentes de invención (artículo L.611-10), en materia de diseños y modelos (artículo L.511-3) o en materia de marcas (artículo L.711-4). Habrá que añadir que – para enredar aún más las cosas – novedad y originalidad no siempre están correctamente diferenciadas en derecho de autor. El artículo L.113-2 aparte 2 del Código de la Propiedad Intelectual no ve ningún inconveniente en calificar la obra derivada como «nueva», asimismo el artículo L.113-7 aparte 3 de dicho Código opone, en la esfera audiovisual, la obra original constitutiva de la obra o del escenario preexistente y la nueva obra sacada de la original. El propio Profesor Henri Desbois, evoca, a propósito de la traducción, la idea de una «novedad subjetiva»<sup>18</sup> y, Michel Vivant viene a definir la originalidad como «la novedad en orden a la forma»<sup>19</sup>. Al contrario, el Decano Roubier no duda en evocar la patentabilidad de un «dispositivo original»<sup>20</sup>. En cuanto al escritor español Azorín, éste declara en una entrevista en 1929 que «la novedad es la sensibilidad del artista».*

*Por lo tanto, no queda más que reconocer que la oposición entre novedad y originalidad está lejos de ser evidente. Pero aún así, es abusivo asimilar sendas nociones sin aportar matices. No deja de ser cierto que, «una obra original por llevar la huella de la personalidad de su autor es necesariamente nueva ya que ninguna otra persona habría podido antes crear una forma idéntica, a menos de tener la misma personalidad que el autor! Ahora bien, si la originalidad lleva implícita la novedad, la inversa no se produce. No hay duda de que una creación puede ser nueva sin ser original»<sup>21</sup>, por ejemplo, si es el resultado de un saber hacer.*

même façon, dans le Code de la propriété intellectuelle, que ce soit en matière de brevets d'invention (article L.611-10), de dessins et modèles (article L.511-3) ou de marques (article L.711-4). On doit ajouter, pour brouiller davantage les pistes, que nouveauté et originalité ne sont pas toujours bien distinguées en droit d'auteur. L'article L.113-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle ne craint pas de qualifier l'œuvre dérivée de «*nouvelle*», de même que l'article L.113-7 alinéa 3 de ce même Code oppose, dans le domaine audiovisuel, l'œuvre originale que constitue l'œuvre ou le scénario préexistant et l'œuvre nouvelle qui en est tirée. Henri Desbois, lui-même, évoque, à propos de traduction, l'idée d'une «nouveauté subjective»<sup>18</sup> et le Professeur Michel Vivant vient définir l'originalité comme «la nouveauté dans l'ordre de la forme»<sup>19</sup>. À l'inverse, le doyen Roubier n'hésite pas à évoquer la brevetabilité d'un «dispositif original»<sup>20</sup>. Quant à l'écrivain espagnol Azorin, il déclare dans un entretien en 1929 que «la nouveauté, c'est la sensibilité de l'artiste».

Il faut donc reconnaître que l'opposition entre nouveauté et originalité est loin d'être évidente. Mais il reste abusif d'assimiler sans nuance les deux notions. Certes, «*une œuvre originale en ce qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur est nécessairement nouvelle puisqu'aucune autre personne n'aura pu auparavant créer une forme identique, faute d'avoir la même personnalité que l'auteur!* Mais si l'originalité implique la nouveauté, l'inverse n'est pas vrai. Une création peut sans doute être nouvelle sans être originale»<sup>21</sup>, par exemple si elle résulte d'un savoir-faire.

**B. Banality**

It is also possible to apprehend the concept of originality by contrasting it with that of banality. Indeed, an intellectual work is protected if it is original but denied protection if it is banal.

Banality can be defined as the character of a commonplace or everyday thing, with no creative or new input in relation to earlier offerings but without being an infringing copy of an earlier work; or again it can be defined as a purported author's use of artistic material with which everyone is familiar, which has already been used before by others and which, as it belongs to no one, is common property. It is what specialists, bending a term of administrative law, may call "the public domain".

In a ruling of 13 November 2008,<sup>22</sup> the Court of Cassation applied this criterion in clear terms: "*after finding, in the exercise of its sovereign power of assessment, that the photographs made by the employee were banal, with no particular creative character or personal mark, the Court of Appeal, replying to the allegedly neglected submissions, held that it was a question of simple technical services, devoid of any originality and thus not such as to enable the person concerned to claim copyright protection.*"

**B. Banalidad**

*Es también posible aprehender el concepto de originalidad oponiéndole el de banalidad. Efectivamente, un bien intelectual, si es original, es propiedad del derecho de autor pero queda excluido de él si es banal.*

*La banalidad se puede definir como el carácter de una cosa común, cotidiana, sin aporte creativo, no novedosa en relación a otra anterior, sin que por ello constituya la imitación fraudulenta de un objeto anterior; o también cuando un presunto autor vuelve a tomar materiales artísticos de todos conocidos, ya empleados anteriormente por otros y que al no pertenecer a nadie son el bien de todos. Lo que los especialistas pueden llamar, por haber tomado la expresión del derecho administrativo deformándolo, «el dominio público».*

*La Corte de casación, mediante su sentencia del 13 de noviembre de 2008<sup>22</sup>, aplica con toda claridad el criterio siguiente: «después de haber hecho constar en ejercicio de su poder soberano de apreciación, que las fotografías realizadas por el asalariado eran banales, sin carácter creativo particular, ni marca personal, la Corte de apelación, al responder a las conclusiones presuntamente omitidas, estimó que se trataba de meras prestaciones técnicas desprovistas de toda originalidad y por lo tanto, impropias a permitirle al interesado pretender a la protección del derecho de autor.»*

## **B. Banalité**

Il est également possible d'appréhender la notion d'originalité en lui opposant celle de banalité. En effet, un bien intellectuel est approprié par le droit d'auteur s'il est original, mais il en est dès lors exclu s'il est banal.

La banalité peut être définie comme le caractère d'une chose commune, quotidienne, sans apport créatif, sans nouveauté par rapport à l'offre antérieure, sans pour autant former une contrefaçon d'une œuvre antérieure ou encore, comme la reprise par un auteur prétendu, de matériaux artistiques connus de tous, déjà employés auparavant par d'autres et qui, n'appartenant à personne, sont le bien de tous. Ce que les spécialistes peuvent appeler, par un emprunt déformant au droit administratif, «le domaine public».

Par son arrêt du 13 novembre 2008<sup>22</sup>, la Cour de cassation a fait une application nette de ce critère : *«après avoir constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que les photographies réalisées par le salarié étaient banales, sans caractère créatif particulier ni marque personnelle, la cour d'appel répondant aux conclusions prétendument délaissées, a estimé qu'il s'agissait de simples prestations techniques dénuées de toute originalité et donc improches à permettre à l'intéressé de prétendre à la protection du droit d'auteur.»*

In addition, banality is assessed when the potential work is materialised in concrete form and identified, and not when it is still at the stage of an idea which precedes the creative act and cannot receive copyright protection.

In practice, such issues of originality and banality arise when the author of a first work complains that a second author has copied it.

Moreover, as the law protects a wide variety of works, particularly in the field of applied art, in which the creative input is often limited to simple changes to pre-existing works, the notion of “banality” in the sense of “lacking in singularity” or “lacking in distinctiveness” is gaining force even if it is censured by the Court of Cassation.

That said, André Bertrand argues that by censuring the term “banality” on the ground that it implies a value judgment on the work’s merit, which is contrary to the principle laid down in article L. 112-1 of the Intellectual Property Code, the Court of Cassation erred in fact and in law, because a distinction should be made between the banality of the creation, which is an assessment of “its author’s merit”, and the banality of its expression, which is a factual observation having nothing to do with the creator’s merit.<sup>23</sup>

Lastly, according to the same scholar, banality is merely a lack of originality in the realm of forms and so to say that a creation is banal is merely, in his view, an

*Además, la banalidad se aprecia cuando la obra en potencia está definitivamente materializada e identificada y no cuando es aún idea, idea como brote del acto creativo la cual, en ningún caso, es protegible por el derecho de autor.*

*Este tipo de cuestiones acerca de originalidad y banalidad aparecen en la práctica cuando el autor de una primera obra se queja de que un segundo autor se la habría apropiado.*

*Por lo demás, desde el momento en que la ley protege una amplia variedad de obras, especialmente obras de las artes aplicadas, en las que la creación se limita a menudo a simples modificaciones de obras preexistentes, la noción de «banalidad» en su acepción de «carente de singularidad» o de «falta de signo distintivo», se impone no obstante, inclusive si incurre la censura de la Corte de casación.*

*Esto dicho, el abogado André Bertrand destaca, que censurando el término «banalidad» en razón de que implica un juicio de valor sobre el mérito de la obra, lo cual es contrario al principio enunciado en el artículo L.112-1 del Código de la propiedad intelectual, la Corte de casación comete un error de hecho y de derecho ya que conviene distinguir entre la banalidad de la creación, que es una apreciación sobre el «mérito de su autor», y la banalidad de su expresión que es una constancia que nada tiene que ver con el mérito del creador<sup>23</sup>.*

*Por último, según el abogado André Bertrand, la banalidad sería solamente la ausencia de originalidad en el ámbito de lo que son las formas, luego, decir de una*

En outre, la banalité s'apprécie lorsque la potentielle œuvre est définitivement matérialisée et identifiée et non au stade encore de l'idée, qui, elle, intervient en amont de l'acte créatif et n'est en aucun cas protégeable par le droit d'auteur.

En pratique, ces questions d'originalité et de banalité se retrouvent lorsque l'auteur d'une première œuvre se plaint de ce qu'un deuxième auteur lui aurait emprunté.

Par ailleurs, dès lors que la loi protège une large variété d'œuvres, notamment celles des arts appliqués, où la création se limite souvent à de simples modifications d'œuvres préexistantes, la notion de «banalité» au sens de «non singularité» ou de «non distinctivité», s'impose néanmoins même si elle encourt la censure de la Cour de cassation.

Ceci dit, Maître André Bertrand relève qu'en censurant le terme de «banalité» au motif qu'il implique un jugement de valeur sur le mérite de l'œuvre, qui est contraire au principe posé par l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation commet une erreur de fait et de droit, car il convient de distinguer entre la banalité de la création, qui est une appréciation sur «le mérite de son auteur», et la banalité de son expression, qui est un constat n'ayant rien à voir avec le mérite du créateur.<sup>23</sup>

Enfin, selon ce même auteur, la banalité ne serait qu'une absence d'originalité dans le domaine des formes, donc dire d'une création qu'elle

observation concerning its form of literary expression, implying in no way a value judgment on its author.<sup>24</sup>

### **C. Inventiveness**

Nor does it seem possible to establish a link, even negatively, with the inventive step required for the protection of inventions by patents. Indeed, in patent law, as an invention implies an inventive step, an invention is protected provided that it is not derived from prior art or, more specifically, is not obvious. Obviousness is characterised by the fact that a person skilled in the art, defined abstractly, would be able to reproduce the invention with his – average – knowledge and just routine experiments. For an inventor to be able to obtain a patent, it is necessary, therefore, to demonstrate technical input.

*creación que es banal no sería nada más, según él, que una constancia sobre su forma de expresión literaria que no implica en absoluto un juicio de valor sobre su autor.<sup>24</sup>*

### **C. Inventiva**

*Tampoco parece factible hacer ninguna aproximación incluso por la negativa – con la actividad inventiva requerida para proteger inventos por concepto de patentes. Según el derecho de patentes, un invento lleva consigo una actividad inventiva, es así como el invento está protegido desde el momento en que no se deriva del estado anterior de la técnica o para ser más precisos, que no depende de la evidencia. La evidencia se caracteriza por el hecho de que un hombre del oficio, definido en abstracto, es capaz de reproducir el invento porque tiene un conocimiento – mediano- y simples experiencias de rutina. Para un inventor, obtener una patente implica por lo tanto proporcionar como contrapartida un aporte técnico demostrado.*

The protection granted in literary and artistic property law, on the other hand, stems from the mere fact of creation, without considering how useful or advantageous it may be. Therefore, unlike the inventive step, originality in literary and artistic property law is independent of the result that the author seeks to achieve in the work. No importance, let us repeat, is attached to the work's merit, form, purpose or kind.

*Abora bien, en materia de derecho de autor, la protección acordada brota por el solo hecho de la creación, sin ponerse a considerar si es portadora de alguna oportunidad o de alguna utilidad. De manera, que al contrario de lo que ocurre con la actividad inventiva, la originalidad propia al autor, es independiente del resultado que el autor busca obtener de su obra. Insistimos en que no se le da ninguna importancia al mérito, a la forma, al destino y al género de la obra.*

est banale ne serait rien de plus, selon lui, qu'un constat sur sa forme d'expression littéraire, n'impliquant aucunement un jugement de valeur sur son auteur<sup>24</sup>.

### **C. Inventivité**

Aucun rapprochement, non plus, ne semble pouvoir être fait, même par la négative, avec l'activité inventive requise pour la protection des inventions au titre des brevets. Selon le droit des brevets, en effet, une invention implique une activité inventive, ainsi l'invention est protégée dès lors qu'elle ne découle pas de l'état antérieur de la technique ou, plus précisément, qu'elle ne relève pas de l'évidence. L'évidence se caractérisant par le fait qu'un homme du métier, défini abstrairement, est en mesure de reproduire l'invention avec sa connaissance – moyenne – et de simples expériences routinières. Pour un inventeur, obtenir un brevet implique donc de fournir en contrepartie un apport technique démontré.

Or, en matière de droit d'auteur, la protection accordée naît du seul fait de la création, sans considération d'opportunité ou d'utilité que celle-ci peut revêtir. Ainsi, contrairement à l'activité inventive, l'originalité, propre au droit d'auteur, est indépendante du résultat recherché par l'auteur dans son œuvre. Il n'est accordé aucune importance, nous le rappelons, au mérite, à la forme, à la destination et au genre de l'œuvre.

To equate originality<sup>25</sup> with an inventive step or even the absence of banality would thus have the serious disadvantage of entrusting to the subjective assessment of the courts the task of arbitrarily distinguishing between creations that deserve to be classified as works within the meaning of the law and those that do not.

So the traditional conception of originality had a strong base, but it was not unshakeable. The concept would be challenged or at least undergo profound changes.

## PART 2 – EVOLUTION OF THE CONCEPT OF ORIGINALITY; A MODERNISED CONCEPTION

While the classic concept of originality as the stamp of the author's personality has successfully established itself as the keystone of literary and artistic property protection for several decades, one fundamental question remains: is this concept really in step with contemporary artistic practices? This is because, for a work to be granted literary and artistic property protection, it must be original and hence bear the stamp of the artist's personality. However, according to Nadia Walravens, it has been possible to note a disconnect for some years between the law and art which is continually developing. Many works reflect a process of intellectualisation, dematerialisation and depersonalisation, making their protection by literary and artistic property law improbable.<sup>26</sup>

*Asimilar la originalidad<sup>25</sup> a la actividad inventiva o incluso a la ausencia de banalidad tendría el grave inconveniente de confiar a la apreciación subjetiva de los jueces la tarea de establecer de manera arbitraria la distinción entre las creaciones que merecen ser calificadas como obras, bajo el sentido en que lo entiende la ley y las que no lo merecen.*

*El concepto clásico de originalidad reposa sobre una base sólida aunque esté lejos de ser inquebrantable, no obstante va a ser encausado o, por lo menos, va a sufrir profundas mutaciones.*

## PARTE 2 – EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD, UN CONCEPTO MODERNIZADO

*Si desde hace varias décadas el concepto clásico sobre la originalidad en tanto en cuanto huella de la personalidad ha logrado afirmarse como la piedra angular de la protección por el derecho de autor, sigue siendo, no obstante, una cuestión esencial: ¿estará este concepto verdaderamente en consonancia con las prácticas artísticas contemporáneas? Ya que, para que una obra reciba el beneficio de la protección del derecho de autor ella debe ser original, debe reflejar la huella de la personalidad del artista. Ahora bien, según Nadia Walravens, nos damos cuenta, desde hace ya algunos años, que no cesa de desarrollarse un desfase entre el derecho y el arte. Son muchas las obras que se inscriben en un proceso intelectual, desmaterializado y despersonalizado que hace que sea imposible protegerlas por el derecho de autor.<sup>26</sup>*

Assimiler l'originalité<sup>25</sup> à l'activité inventive ou même à l'absence de banalité aurait ainsi le grave inconvénient de confier à l'appréciation subjective des juges le soin de distinguer arbitrairement entre les créations méritant d'être qualifiées d'œuvres au sens de la loi et celles qui ne le mériteraient pas.

Ainsi, la conception classique de l'originalité repose sur une assise solide, mais loin d'être inébranlable, la notion va être remise en cause, ou du moins subir des mutations profondes.

## **PARTIE 2 – L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ORIGINALITÉ, UNE CONCEPTION MODERNISÉE**

Si la notion classique de l'originalité en tant qu'empreinte de la personnalité a réussi à s'affirmer en tant que clef de voûte de la protection par le droit d'auteur depuis plusieurs décennies, il demeure une question essentielle : cette notion est-elle véritablement en phase avec les pratiques artistiques contemporaines? Car pour que la protection du droit d'auteur soit accordée à une œuvre, celle-ci doit être originale, elle doit refléter l'empreinte de la personnalité de l'artiste. Or, selon Nadia Walravens, il est possible de relever, depuis quelques années, un décalage entre le droit et l'art qui ne cesse de se développer. De nombreuses œuvres s'inscrivent dans une démarche d'intellectualisation, de dématérialisation et de dépersonnalisation rendant improbable leur protection par le droit d'auteur<sup>26</sup>.

We are thus witnessing an extension of the scope of literary and artistic property in France (I) and the influence of European Union law in this field (II).

## **I. Extension of the Scope of Literary and Artistic Property in France**

This extension is twofold in that it relates to the emergence of new categories of protected works (A), on the one hand, and of new forms of art (B), on the other.

### **A. The Emergence of New Categories of Works**

In this regard, we shall focus on computer programs (1) and databases (2).

#### **1. Computer Programs**

The arrival of computer programs in the technical sphere led to a deep theoretical discussion on the legal means to be adopted for their protection. While some scholars in the 1980s advocated the creation of a *sui generis* right, others considered on the contrary that patent protection was more coherent because computer programs were primarily technical creations.

However, both of these proposed solutions were ruled out in the “Lang” law of 3 July 1985 which arbitrarily propelled computer programs into the literary and artistic property/copyright system.

*Estamos asistiendo a una ampliación de lo que constituye el ámbito del derecho de autor en Francia (I), y de la influencia que ejerce el derecho de autor de la Unión europea en la misma materia (II).*

### **I. La extensión o la ampliación del ámbito del derecho de autor en Francia**

*La extensión del ámbito del derecho de autor en Francia es doble. Por una parte, está ligada a la aparición de nuevas categorías de obras reconocidas por el derecho de autor (A), por otra parte, a la aparición de nuevos tipos de arte (B).*

### **A. Vinculación con las nuevas categorías de obras**

*Se trata esencialmente de la vinculación establecida a nivel de los lógicales (1) y de las bases de datos (2) como obras.*

#### **1. Lógicales**

*La llegada del lógical en orden a la técnica ha acarreado una profunda reflexión teórica sobre qué vía jurídica habrá que tomar para protegerlo. Si algunos autores militaron durante los años de 1980 para que fuera creado un derecho *sui generis*, otros consideraron al contrario que era más coherente protegerlos a través del derecho de patentes en la medida en que el lógical era, ante todo, una creación técnica.*

*Sin embargo, esas dos tentativas para llegar a una solución fueron descartadas por la ley Lang del 3 de julio de 1985, la cual hizo que la balanza se inclinase arbitrariamente del lado del derecho de autor.*

L'on assiste ainsi à une extension du champ du droit d'auteur en France (I), ainsi qu'à l'influence du droit de l'Union européenne en cette même matière (II).

## **I. L'extension du champ du droit d'auteur en France**

Cette extension est double en ce qu'elle est liée d'une part, à l'apparition de nouvelles catégories d'œuvres reconnues par le droit d'auteur (A), et d'autre part, à l'apparition de nouvelles formes d'art (B).

### **A. Liée à l'apparition de nouvelles catégories d'œuvres**

Il s'agit principalement de s'intéresser à ce niveau, aux logiciels (1), ainsi qu'aux bases de données (2).

#### **1. Logiciels**

L'arrivée du logiciel dans l'ordre de la technique a entraîné une profonde réflexion théorique sur la voie juridique à retenir pour sa protection. Si certains auteurs ont milité dans les années 1980 pour la création d'un droit *sui generis*, d'autres estimaient au contraire que la protection par le droit des brevets était plus cohérente dans la mesure où le logiciel était avant tout une création technique.

Pourtant ces tentatives de solutions ont toutes deux été écartées par la loi Lang du 3 juillet 1985 qui a fait basculer arbitrairement le logiciel dans le giron du droit d'auteur.

Copyright protection was also the solution adopted in the TRIPS Agreement of 15 April 1994, specifically its Annex 1C, as well as the WIPO Copyright Treaty of 20 December 1996 and, in European Union law, Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

The fact nevertheless remains that, as Professor André Lucas points out, the originality of computer programs is and will continue to be an irksome question.

The first decisions assessing their originality are perfectly in line with tradition. Case law sought to apply the classic conception of originality and did not hesitate to affirm that a computer program bore the mark of its author's personality. The rulings of the lower courts to this effect are edifying. For example, the Court of Appeal of Paris held that "*the development of a computer application program is an original work of the mind in its composition and its expression going beyond simple automatic and compelling logic, [...] it is not a question of a necessary intellectual mechanism; indeed programmer analysts, like translators of books, have to choose between various forms of presentation and expression, and their choice thus bears the mark of their personality.*"<sup>27</sup>

*La protección por el derecho de autor fue también lo que se retuvo en los Acuerdos sobre los ADPIC del 15 de abril de 1994, precisamente en el Anexo 1C, y por igual en el Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor del 20 de diciembre de 1996, y en derecho de la Unión europea mediante la Directriz 91/250/CEE del 14 de mayo de 1991, concerniente a la protección jurídica de los programas informáticos para computadora.*

*Como lo destaca el Profesor André Lucas, la cuestión de la originalidad respecto a los logiciales sigue siendo una cuestión irritante que no deja de irritar.*

*Las primeras sentencias rendidas en materia de apreciar la originalidad de los logiciales se inscriben perfectamente en esta dirección. La jurisprudencia busca aplicar la concepción clásica de la originalidad y no duda en afirmar que un programa informático para computadora lleva la marca de la personalidad de su autor. Las sentencias rendidas en esta dirección por los jueces del conocimiento son, en este sentido, edificantes, es así como la Corte de apelación de París emite su fallo considerando que la elaboración de un programa para aplicarlo a la computadora es una obra del espíritu original en su composición y en su expresión que va más allá de una simple lógica automática y vinculante [...], no se trata pues de un mecanismo intelectual necesario; que, en realidad, los analistas programadores pueden elegir, como hacen los traductores, entre diversos modos de presentación y de expresión, lo cual hace que la elección lleve así la marca de su personalidad*"<sup>27</sup>

Cette protection par le droit d'auteur est également la solution qui fut retenue dans l'accord sur les ADPIC du 15 avril 1994, plus précisément dans l'Annexe 1C, mais également dans le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, ou encore en droit de l'Union européenne, par la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

Il n'en reste pas moins, comme le soulève le Professeur André Lucas que la question de l'originalité des logiciels est une question irritante, qui n'a pas fini d'irriter.

Les premières décisions rendues en matière d'appréciation de leur originalité s'inscrivent parfaitement dans la tradition. La jurisprudence cherche à appliquer la conception classique de l'originalité, en n'hésitant pas à affirmer qu'un programme d'ordinateur porte la marque de la personnalité de son auteur. Les arrêts rendus par les juges du fond en ce sens sont édifiants, ainsi la Cour d'appel de Paris juge que «*l'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante, [...] il ne s'agit pas d'un mécanisme intellectuel nécessaire, qu'en effet les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, et leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité.*»<sup>27</sup>

The *Tribunal de grande instance* (district court) of Paris held, for its part, in the *Apple Computer* case, that “*a computer's core software is a work of the mind within the meaning of article 2 of the law of 11 March 1957; indeed, its development, which is original in its design, its architecture and its expression, bears the mark of its author beyond the constraints of logic alone*”.<sup>28</sup>

According to Professor Pierre-Yves Gautier, this approach is consistent with the position of Henri Desbois insofar as the stamp of the software creator's personality is to be found in the choice made between several possible methods and materialised in the final program.<sup>29</sup>

However, this orthodox application of the originality criterion to computer programs would be seriously called into question later in the ruling handed down on 7 March 1986 by the plenum of the Court of Cassation in the *Babolat v. Pachot* case.<sup>30</sup>

Although the Court of Appeal's decision was confirmed, the Court of Cassation defined new criteria, namely “personalised effort” and “intellectual input”. From the Court's authoritative ground it emerges that the criterion of originality was adapted to accommodate computer programs and the traditional definition was softened:

“Whereas, in the second place, having examined, as they were required to do, whether the computer programs developed by Mr X were original, the judges of the facts sovereignly considered that their

*En el proceso judicial Apple Computer, el Tribunal de Gran Instance de París emitió el siguiente fallo: «Considerando, que el logicial de base de una computadora es una obra del espíritu a tenor del artículo 2 de la ley del 11 de marzo de 1957; Considerando, efectivamente, que su elaboración, original en cuanto a su concepción, a su arquitectura y en su expresión, lleva la marca de su autor más allá de las solas contingencias de la lógica.»<sup>28</sup>*

*En opinión del Profesor Pierre-Yves Gautier, esta visión se adecuaría a la posición del Profesor Henri Desbois, en la medida en que la huella de la personalidad del creador del logicial habría que encontrarla en la elección llevada a cabo entre varios métodos posibles y materializada en el programa definitivo<sup>29</sup>.*

*Por ello, aplicar al logicial el concepto ortodoxo de originalidad será objeto de una nueva discusión mediante la sentencia en Asamblea Plenaria del 7 de marzo de 1986 en el proceso judicial Babolat contre Pachot.<sup>30</sup>*

*Todo y confirmando la sentencia de la Corte de apelación, la Alta jurisdicción extrae los siguientes nuevos criterios, a saber : «el esfuerzo personalizado» y «el aporte intelectual». Como resulta del considerando de principio, el concepto de originalidad se adapta al logicial y la definición clásica se pliega a él:*

Considerando, en segundo lugar, que habiendo buscado, como era su deber, si los logiciales elaborados por Monsieur X... eran originales, los jueces competentes han estimado soberanamente que el autor

Dans une affaire Apple Computer, le tribunal de grande instance de Paris juge, quant à lui : «*Attendu que le logiciel de base d'un ordinateur est une œuvre de l'esprit au sens de l'article 2 de la loi du 11 mars 1957; Attendu, en effet, que son élaboration, originale dans sa conception, son architecture et son expression, porte la marque de son auteur au-delà des contraintes de la seule logique.*»<sup>28</sup>

Selon le Professeur Pierre-Yves Gautier, cette approche serait en adéquation avec la position d'Henri Desbois, dans la mesure où l'empreinte de la personnalité du créateur du logiciel se trouverait dans le choix effectué entre plusieurs méthodes possibles, matérialisé dans le programme définitif<sup>29</sup>.

Pour autant cette application orthodoxe du critère de l'originalité au logiciel va être profondément remise en cause par l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 7 mars 1986 dans une affaire Babolat contre Pachot<sup>30</sup>.

Tout en confirmant la décision de la Cour d'appel, la Haute juridiction dégage de nouveaux critères, à savoir «l'effort personnalisé» et «l'apport intellectuel». Tel qu'il en résulte de l'attendu de principe, le critère de l'originalité est adapté au logiciel et la définition classique infléchie :

«*Attendu, en second lieu, qu'ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par Monsieur X... étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un*

*author had made a **personalised effort** going beyond the simple application of automatic and compelling logic and that the materialisation of this effort lay in an individualised structure; whereas, as these statements and findings stand, and leaving aside the above-cited grounds criticised in the appeal for review, the Court of Appeal, which thus found that the programs designed by Mr X bore the mark of his **intellectual input**, legally justified its decision on this count.”*

The decision was strongly influenced by the report of Judge Jonquères who had suggested this wording, breaking totally with the traditional subjective definition of originality. In his view, originality was a “variable-geometry” criterion. It should be adaptable so as to be able to take account of the specific nature of computer programs as utilitarian works. The outcome was a true judge-made construction which caused quite a stir and deeply divided legal scholars. Indeed, such a solution inevitably turns originality into an objective concept: the term “intellectual input” implies a determination in relation to what already exists, i.e. a judgment of an objective nature. The personalised effort, for its part, is measured in relation to the choices made by the author.

Judge Jonquères indicated himself that “*a modicum of innovative input on the author's part due to his intellectual effort*” should be sought and that the term “*intellectual input*” had been preferred to

había dado prueba de un **esfuerzo personalizado** que va más allá de poner simplemente en obra una lógica automática y vinculante y que la materialización de ese esfuerzo residía en una estructura individualizada ; que en el estado en que se encuentran los enunciados y las constataciones y, abstracción hecha de los motivos ya mencionados anteriormente, criticados por el recurso, la Corte de apelación que ha sostenido así que los logiciales concebidos por Monsieur X... llevaban la marca de su **aporte intelectual**, ha legalmente justificado su decisión en cuanto a este cargo.”

*La sentencia estuvo fuertemente influenciada por el informe del Alto Consejero Jonquères, que había sugerido dicha formulación en ruptura total con la definición subjetiva tradicional de la originalidad. Para él, la originalidad era, en definitiva, un criterio a «geometría variable». Tenía que poder adaptarse para poder tomar en cuenta la especificidad del logicial como obra utilitaria. De este modo, el criterio acabó siendo una creación jurisprudencial que ocasionó un gran estruendo y dividió a los doctrinantes. En efecto, semejante solución condujo fatalmente a darle al concepto de originalidad un aspecto objetivo: el término «aporte» llama a determinar lo existente, es decir a expresar un juicio de índole objetiva y el esfuerzo personalizado se mide en relación a las opciones efectuadas por el autor.*

*El propio Alto Consejero Jonquères precisa que hay que buscar «un aporte innovador del autor, así sea mínimo, aporte debido a su esfuerzo intelectual» y que el término «aporte intelectual» se ha preferido*

*effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, et abstraction faite des motifs ci-dessus cités, critiqués par le pourvoi, la Cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par Monsieur X... portaient la marque de son **apport intellectuel**, a également justifié sa décision de ce chef.»*

La décision fut fortement influencée par le rapport du haut conseiller Jonquères lequel avait suggéré cette formulation en rupture totale avec la définition subjective traditionnelle de l'originalité. Pour lui, l'originalité était un critère à «géométrie variable». Il devait pouvoir s'adapter pour pouvoir prendre en compte la spécificité du logiciel comme œuvre utilitaire. Il en résulte une véritable création prétorienne qui fit grand bruit et divisa profondément la doctrine. En effet une telle solution conduit fatalement à objectiver la notion d'originalité : le terme d'«apport» appelle une détermination par rapport à l'existant, c'est-à-dire un jugement de nature objective. L'effort personnalisé se mesure quant à lui par rapport aux choix effectués par l'auteur.

Le haut conseiller Jonquères précise lui-même qu'il faut rechercher «*un apport tant soit peu novateur de l'auteur dû à son effort intellectuel*» et que le terme «*apport intellectuel*» a été préféré à celui d'«*effort*

“intellectual effort” to underline the fact that the result counted more than the process of getting there.<sup>31</sup>

Some scholars, like Professor André Lucas, considered that this decision showed “*an obvious will to call into question the traditional conception of originality*”,<sup>32</sup> in order to achieve a synthesis of the requirements of novelty and inventive activity, by imposing a form of objective threshold of creativity. The criteria defined by the *Pachot* ruling reflect a purely objective logic of an industrial property kind.

However, in the view of other scholars, like Nicolas Binctin, “*this inclusion proves that literary and artistic property law is not the law of aesthetics but of the form of expression; it also shows this ownership regime's true adaptability to the evolution of intellectual property*”.<sup>33</sup>

Indeed, it was argued that the assessment of originality in relation to the source code was no more complicated or uncertain than the analysis of a musical composition. It would be impossible for someone outside the sector, but a specialist would be able to identify the originality of the writing because programmers all have their own style and this element bears the stamp of their personality.

So the inclusion of computer programs within the perimeter of literary and artistic property prompted a great deal of debate, much of it theoretical. It can be considered that this discussion was fruitless insofar as it did not lead to the emergence of practical solutions concerning the assessment of the originality of computer

al de «esfuerzo intelectual» para destacar bien que el resultado contaba más que el camino recorrido para llegar a él.<sup>31</sup>

*De modo que ciertos autores, como el Profesor André Lucas, ven en esa sentencia la voluntad evidente de poner en tela de juicio el concepto tradicional de originalidad,<sup>32</sup> para llegar a sintetizar los requisitos de novedad y de actividad inventiva, imponiendo algo así como el umbral objetivo de la creatividad. Los criterios extraídos de la sentencia Pachot no hacen sino repetir, como hace el eco, la lógica puramente objetiva de la propiedad industrial.*

*Abora bien, para otros autores como Nicolas Binctin, «dicha integración prueba que el derecho de autor no es el derecho de la estética sino de la forma que cobra la expresión; la integración demuestra tanto la adaptabilidad real de ese régimen de apropiación cuanto la evolución de los bienes intelectuales.»<sup>33</sup>*

*En efecto, apreciar la originalidad a nivel del código fuente no sería más complicado o más flotante que analizar una composición musical. Para una persona extraña en la materia, ello es imposible, pero para un especialista, encontrar la originalidad en la escritura le parecería posible puesto que cada programador tiene un estilo que le es propio y sería éste el elemento portador de la huella de su personalidad.*

*La aparición de los logiciales en el perímetro del derecho de autor ha suscitado consecuentemente amplios debates, en su mayoría teóricos. Los debates en sí pueden considerarse vanos en la medida en que no han logrado hacer que emergan soluciones prácticas en cuanto a apreciar la originalidad de los logiciales. Sin duda,*

*intellectuel*» pour bien marquer que le résultat comptait davantage que le cheminement<sup>31</sup>.

Ainsi, certains auteurs, comme le Professeur André Lucas, voient dans cet arrêt «*la volonté évidente de remettre en cause la conception traditionnelle d'originalité*»<sup>32</sup>, pour arriver à une synthèse des exigences de nouveauté et d'activité inventive, en imposant une forme de seuil objectif de créativité. Les critères dégagés par l'arrêt Pachot font écho à une logique purement objective de propriété industrielle.

Mais pour d'autres auteurs comme Nicolas Binctin, «*cette intégration prouve que le droit d'auteur n'est pas le droit de l'esthétique mais de la forme de l'expression; elle démontre tout autant la réelle adaptabilité de ce régime d'appropriation à l'évolution des biens intellectuels.*»<sup>33</sup>

En effet, l'appréciation de l'originalité au niveau du code source ne serait pas plus compliquée ou flottante que l'analyse d'une composition musicale. Pour une personne étrangère au domaine, cela sera impossible mais pour un spécialiste, trouver l'originalité de l'écriture se révélera possible puisque chaque programmeur a un style qui lui est propre, élément porteur de l'empreinte de leur personnalité.

L'apparition des logiciels dans le périmètre du droit d'auteur a donc suscité de larges débats, majoritairement théoriques. Ces débats peuvent être considérés comme vains dans la mesure où ils n'ont pas mené à l'émergence de solutions pratiques quant à l'appréciation de l'originalité

programs. It would doubtless have been necessary to create a special right in programs to take account of their specific characteristics, as was done with databases.

## **2. Databases**

Article L. 112-3, para. 2 of the Intellectual Property Code defines a database as “*a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or any other means*”. Since the enactment of the law of 1 July 1998 transposing Directive 96/9 of 11 March 1996 on the legal protection of databases, they have been protected by literary and artistic property/copyright in the same way as the “*collections of miscellaneous works or data*” in article L. 112-3 IPC “*which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations*”.

This protection – also enshrined in article 10(2) of the TRIPS Agreement and article 5 of the WIPO Copyright Treaty – had already been accepted in French case law by the ruling of 30 October 1987 in *Microfor v. Le Monde* delivered by the plenum of the Court of Cassation which held that databases could constitute intellectual works, but they were then “*informational works*” according to the expression employed by the Court.

*bubiera sido necesario crear un derecho especial destinado a ellos y que tomara en consideración lo que tienen de específico, tal y como se ha hecho con las bases de datos.*

## **2. Bases de datos**

*El artículo L.112-3 apartado 2 del Código de la Propiedad Intelectual define las bases de datos como «una compilación de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica et individualmente accesibles por medios electrónicos o por cualquier otro medio». Y, a partir de la ley del 1º de julio de 1998, fecha en que se transpone la Directriz 96/9 del 11 de marzo de 1996 relativa a la protección jurídica de las bases de datos, estas últimas están protegidas por el derecho de autor bajo la misma forma en que lo están las «compilaciones de obras o de datos diversos» en el artículo L.112-3 del Código de la propiedad intelectual, «que, por las opciones o por la disposición de las materias constituyen creaciones intelectuales».*

*Esta protección por el derecho de autor – igualmente consagrada por el artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y por el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor – ya lo consagró la jurisprudencia francesa el 30 de octubre de 1987, mediante la sentencia Microfor c/ Le Monde rendida por la Asamblea plenaria de la Corte de casación, la cual sostiene que las bases de datos pueden constituir obras del espíritu; ahora bien, son entonces «obras de información» según la expresión empleada por la Corte.*

des logiciels. Sans doute eût-il fallu créer un droit particulier aux logiciels afin de prendre en considération leurs spécificités, à l'instar des bases de données.

## **2. *Bases de données***

L'article L.112-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle définit la base de données comme «*un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessible par des moyens électroniques ou par tout autre moyen*». Et, depuis la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 transposant la directive 96/9 du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données, celles-ci sont protégées par le droit d'auteur au même titre que les «*recueils d'œuvres ou de données diverses*» de l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle, «*qui, par le choix ou la disposition des matières constituent des créations intellectuelles*».

Cette protection par le droit d'auteur -également consacrée par l'article 10.2 de l'accord sur les ADPIC et par l'article 5 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur- avait déjà été retenue par la jurisprudence française, le 30 octobre 1987, par un arrêt Microfor c/Le Monde rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui retient que les bases de données peuvent constituer des œuvres de l'esprit; mais ce sont alors des «*œuvres d'information*» selon l'expression employée par la Cour.

As in the case of computer programs, literary and artistic property was thus one of the answers chosen by case law and then confirmed by the legislator to protect authors of databases. However, to apply to databases a right created two centuries earlier notably for the protection of works of art and literature, it was necessary to address the question of the real object of protection.

Indeed, a true segmentation has to be made between the content and the container. Article 3(2) of Directive 96/9 of 11 March 1996 states in this regard that "*it/the copyright protection of databases provided for by this Directive shall not extend to their contents and shall be without prejudice to any rights subsisting in those contents themselves*". Just as the copyright in databases does not cover their contents, nor does it protect the underlying computer program. The provision of article 1(3) of Directive 96/9 thus requires a further segmentation to be made between the database and the computer program. Article 3(1) of the Directive and article L. 112-3, para. 1 of the Intellectual Property Code both refer to the "selection" and the "arrangement of their contents" as criteria to determine whether the database has the character of an intellectual creation. Accordingly, the copyrightability of databases lies in the arrangement or organisation of the database. It is not enough to "fuse" data to obtain a right; it must also be possible for the whole obtained in this way to be considered an "intellectual creation". Indeed, if such organising activity is where the creation exists, it is also where the protected object lies. Behind the word "base", it is always only its "architecture" or arrangement that is protected by copyright. So the courts conduct an analysis of the selection and deny a database protection if, for example,

*De tal modo que, a semejanza de los lógicales, el derecho de autor ha sido una de las respuestas elegida por la jurisprudencia y ratificada después por el legislador a fin de proteger a los autores de bases de datos. Luego, aplicar este derecho – creado dos siglos antes para proteger en particular obras plásticas y literarias – a las bases de datos, conducía a preguntarse sobre cuál era el objeto real de la protección.*

*En efecto, debe operarse una verdadera segmentación entre contenido y continente. Sobre este punto, la Directriz precisa en su artículo 3.2 que «la protección de las bases de datos por el derecho de autor contemplada en la presente Directriz, no cubre su contenido y no ocasiona un perjuicio a los derechos que substituyen dicho contenido». Como ocurre con el contenido, el derecho de autor tampoco protege el programa; efectivamente el artículo 1.3 de la Directriz 96/9 obliga nuevamente a operar una segmentación entre base de datos y lógica. El artículo 3.1 de la Directriz del 11 de marzo de 1996 y el artículo L.112-3 apartado 1 del Código de la Propiedad intelectual ambos evocan la «elección» y la «disposición de las materias» como elementos que permiten determinar el carácter de creación intelectual. De esta suerte, es en la disposición, en la organización de la base de datos donde reside la protección que las disposiciones del derecho de autor aportan. No basta pues con «hacer recortes» de datos entre ellos para obtener un derecho, se requiere además que el conjunto así obtenido pueda ser considerado como «creación intelectual». En efecto, si es abí donde está la creación, es abí donde reside el objeto protegido : con la palabra «base», lo que protege el derecho de autor no es más que «su arquitectura», es decir su disposición. Por lo tanto, lo que hace la jurisprudencia es*

Ainsi, à l'instar des logiciels, le droit d'auteur a été l'une des réponses choisie par la jurisprudence, puis entérinée par le législateur afin de protéger les auteurs de bases de données. Or, l'application de ce droit, créé deux siècles auparavant en vue de protéger notamment des œuvres plastiques et littéraires aux bases de données, nécessitait de s'interroger quant à l'objet réel de la protection.

En effet, une véritable segmentation doit être opérée entre contenu et contenant. La directive précise sur ce point dans son article 3.2 que «*la protection des bases de données par le droit d'auteur prévue par la présente directive ne couvre pas leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu*». Pas plus que le contenu, le droit d'auteur ne protège pas non plus le programme, en effet, l'article 1.3 de la directive 96/9 oblige une nouvelle fois à une segmentation entre base de données et logiciel. L'article 3.1 de la directive du 11 mars 1996 et l'article L.112-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle évoquent tous deux le «choix» et la «disposition des matières» comme éléments permettant de déterminer le caractère de création intellectuelle. Ainsi, c'est dans l'agencement, dans l'organisation de la base que réside la protection apportée par les dispositions du droit d'auteur. Il ne suffit donc pas de «recouper» des données entre elles pour obtenir un droit, il faut encore que l'ensemble ainsi obtenu puisse être considéré comme une «création intellectuelle». En effet, si la création est là, c'est là aussi que réside l'objet protégé : derrière le mot «base», ce n'est jamais que «l'architecture» de celle-ci qui est protégée au titre du droit d'auteur, son

it is merely the compilation of stock-market information.

Whatever the case, copyright protection in the architecture of the database is possible if the base can be considered an intellectual creation by reason of the originality of the choices made.

Hence originality is both the necessary and only condition of protection. However, it is easy to sense the difficulty: how is originality, as the essential condition to attract copyright protection, to be characterised in such a utilitarian work as a database?

Given the law's silence, it was the courts that determined the seat of originality in a database. They clarified that, while the process of compiling information is not protected as such, the work becomes original from the moment that its form includes the author's intellectual input. Indeed, in a ruling of 2 May 1989, the First Civil Chamber of the Court of Cassation made it clear that the structure of a database is protected if it is original. Intellectual input must be assessed by reference to elements such as the plan, the composition, the form, the structure, the language and more generally the expression of the author's personality. In other words, the courts require the author to have made arbitrary and personal choices. The organisation must be the fruit of intellectual input in the presentation and sequencing, reflecting its author's personality and protectable as such. Hence

*analizar la opción elegida por el autor y rechaza la protección a una base de datos que consistiera, por ejemplo, en haber reunido simplemente informaciones bursátiles.*

*Sea como sea, la protección que otorga el derecho de autor sobre la arquitectura de la base de datos sólo es posible siempre y cuando se pueda considerar que, a través de la originalidad que presenta el conjunto de las opciones efectuadas, la base de datos es efectivamente una creación intelectual.*

*La originalidad es pues la condición tanto sine quanon cuanto única para acceder a la protección. Y, presentimos entonces fácilmente cuál es la dificultad : ¿cómo caracterizar la originalidad, condición indispensable de la protección del derecho de autor, en una obra tan utilitaria como es una base de datos?*

*Ante el silencio de la ley, son los jueces los que han determinado dónde reside la originalidad de una base de datos. Han indicado que si el trabajo de compilar informaciones no está protegido en sí mismo, la obra se convierte en original a partir del momento en que su forma entraña el aporte intelectual del autor. En efecto, en una sentencia del 2 de mayo de 1989, la primera Sala civil de la Corte de casación trajo a la memoria que la estructura de una base de datos está protegida siempre y cuando sea original. Lo que encierra la base como aporte deberá apreciarse, esencialmente en cuanto al plan de la composición, de la forma, de la estructura, del lenguaje y en líneas generales, de la expresión de la personalidad del autor. Dicho en otros términos, los jueces exigen del autor que las selecciones arbitrarias por las que ha optado sean personales. La organización*

agencement. Donc la jurisprudence se livre à une analyse du choix, et refuse la protection à une base de donnée qui serait, par exemple, la simple réunion d'informations boursières.

Quoi qu'il en soit, la protection accordée par le droit d'auteur sur l'architecture de la base de données est donc possible si l'on peut, par l'originalité de l'ensemble des choix effectués, considérer la base ainsi comme une création intellectuelle.

L'originalité est donc la condition tant sinéquanone qu'unique de la protection. Et l'on pressent aisément la difficulté : *comment caractériser l'originalité, condition indispensable de la protection par le droit d'auteur, dans une œuvre aussi utilitaire qu'une base de données?*

Dans le silence de la loi, ce sont les juges qui ont défini le siège de l'originalité d'une base de données. Ils ont ainsi indiqué que si le travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi, l'œuvre devient originale dès que sa forme comporte un apport intellectuel de l'auteur. En effet, dans un arrêt du 2 mai 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que la structure d'une base de données est protégée à la condition qu'elle soit originale. Cet apport doit s'apprécier notamment au regard du plan, de la composition, de la forme, de la structure, du langage et plus généralement, de l'expression de la personnalité de l'auteur. En d'autres termes, les juges exigent que l'auteur ait fait des choix arbitraires et personnels. L'organisation doit être le fruit

the courts denied protection to collections in which the data were classified in alphabetical order or where the classification was dictated by the very subject of the database or by purely functional requirements.

The Court of Cassation makes sure that the lower courts have characterised the work's originality. At any rate, it does not allow them merely to note the existence of a choice to accept protection.<sup>34</sup>

In addition, it should be pointed out that originality is not only a condition of protection, it is the only condition required for databases to receive copyright protection. Neither the intellectual effort nor the skill required to create databases will be taken into account to assess the originality of a database and thus its eligibility for copyright protection.<sup>35</sup>

However, it should be noted that an analysis of case law reveals that it is hard for a database to satisfy this condition of originality. In fact, one finds relatively few decisions confirming the originality of databases because the obligation to provide proof of originality in the organisation of the information deprives many databases of access to protection.

*de la base de datos debe ser fruto de un aporte intelectual en cuanto a la presentación y al ordenamiento, que deje aparecer la personalidad de su autor y, por esta razón, que pueda acceder a la protección. Es así como los jueces se negaron a proteger compilaciones en las cuales los datos estaban clasificados por orden alfabético y otras en las que la clasificación estaba dictada por el tema mismo de la base o por imperativos puramente funcionales.*

*La Corte de casación vela por que los jueces del conocimiento caractericen la originalidad. En todo caso, la Corte se niega a aceptar que el juez se contente con hacer constar que la elección existe para admitir la protección.<sup>34</sup>*

*Además, si la originalidad es la condición para acceder a la protección, conviene precisar que es la sola condición para que el derecho de autor proteja las bases de datos. Entonces, no se tomarán en cuenta los esfuerzos intelectuales o la habilidad requeridas de la creación de esas bases de datos para reconocer su originalidad y por consecuencia su acceso a la protección del derecho de autor.<sup>35</sup>*

*No obstante, conviene hacer constar que el análisis de la jurisprudencia pone de relieve lo difícil que es para una base de datos cumplir con la condición de originalidad. De hecho, encontramos relativamente pocas sentencias que hayan hecho constar la originalidad de bases de datos porque la obligación de aportar la prueba de la originalidad en la organización de la información, niega a numerosas bases de datos el acceso al derecho de autor.*

d'un apport intellectuel de présentation et d'ordonnancement, traduisant la personnalité de son auteur et protégeable à ce titre. C'est ainsi que les juges ont refusé la protection à des recueils dans lesquels les données étaient classées par ordre alphabétique, ou encore lorsque le classement était dicté par le sujet même de la base ou par des impératifs purement fonctionnels.

La Cour de cassation veille à la caractérisation de l'originalité par les juges du fond. En tout état de cause, elle refuse que le juge se contente de constater l'existence d'un choix pour admettre la protection<sup>34</sup>.

En outre, si l'originalité est une condition de protection, il convient de préciser qu'elle est la seule condition de la protection des bases de données par le droit d'auteur. On ne prendra alors pas en compte les efforts intellectuels ou le savoir faire requis à la création de ces bases de données pour connaître de l'originalité et donc de l'éligibilité d'une telle base à la protection du droit d'auteur<sup>35</sup>.

Cependant, il convient de noter que l'analyse de la jurisprudence révèle la difficulté pour une base de données de remplir cette condition d'originalité. On trouve de fait relativement peu de décisions ayant constaté l'originalité de bases de données puisque l'obligation de rapporter la preuve de l'originalité dans l'organisation de l'information, prive de nombreuses bases de données de l'accès au droit d'auteur.

So much so that, in contrast to computer programs, Directive 96/9 introduced a *sui generis* right to fill the gaps in copyright protection or even to make up for the lack of protection, given how difficult it is for databases to fulfil the condition of originality.

In addition to the laborious application of the criterion of originality to these new categories of subject matter included within the scope of literary and artistic property/copyright, the difficulty also lies in the fact that art itself is subject to change.

### **B. The Emergence of Other Forms of Art**

We shall consider, firstly, the advent of photography (1) before turning to the emergence of conceptual art (2), both of which, like computer programs and databases, have contributed to the progressive corruption of the concept of originality.

#### **1. Photographs**

From the outset, photography's relationship with art was both difficult and unclear.

On the one hand, as the principle of photography is closely linked to that of the *camera obscura*, which enables a two-dimensional view close to human vision to be obtained, photography is said to be at least as old as the fine arts, because the principle of the *camera obscura*, which was used by painters, dates back to Antiquity.<sup>36</sup> On that basis, photography,

*Hasta tal punto, que a diferencia de los lógicales, la Directriz 96/9 ha establecido un derecho sui generis para paliar a las insuficiencias de la protección por el derecho de autor e inclusive para paliar a la falta de protección, por ser tan difícil llenar la condición de originalidad en esta materia.*

*Además de lo laborioso que resulta aplicar el concepto de originalidad a esos nuevos objetos que han entrado en el perímetro del derecho de autor, la dificultad reside por igual en que el arte mismo está sujeto a mutaciones.*

### **B. La originalidad vinculada a otras formas del arte**

*Lo que bajo este punto vamos a contemplar, es el advenimiento de la fotografía (1), para interesarnos luego en el arte conceptual (2); ambos temas han contribuido, como los lógicales y las bases de datos, a una progresiva desviación del concepto de originalidad.*

#### **1. Fotografías**

*Desde su nacimiento, la fotografía siempre ha mantenido relaciones difíciles y a la vez opacas con el arte.*

*Por una parte, como el principio de la fotografía está íntimamente ligado a la cámara obscura, principio que consiste en obtener una visión en dos dimensiones que se acerca a la de la visión humana, la fotografía sería por lo menos tan antigua como las Bellas Artes, puesto que el principio de la cámara obscura, de la que ya se sirvieron los primeros pintores, se*

À tel point qu'à la différence des logiciels, la directive 96/9 a mis en place un droit *sui generis* pour pallier aux insuffisances d'une protection par le droit d'auteur, voire pour pallier à une absence de protection tant il est difficile de remplir la condition d'originalité en cette matière.

En plus de la laborieuse application du critère d'originalité à ces nouveaux objets entrés dans le périmètre du droit d'auteur, la difficulté réside également en ce que l'art lui-même est sujet à mutation.

## **B. Liée à l'avènement d'autres formes d'art**

Nous envisageons ici tout d'abord, l'avènement de la photographie (1) avant de nous intéresser à celui de l'art conceptuel (2) qui ont tous deux contribués, comme les logiciels et les bases de données, à un dévoiement progressif de la notion d'originalité.

### **1. *Photographies***

La photographie, dès sa naissance, entretint des relations tout à la fois difficiles et opaques avec l'art.

En effet, d'un côté, comme le principe de la photographie est intimement lié à celui de chambre noire laquelle consiste à obtenir une vue en deux dimensions, proche de la vision humaine, la photographie serait donc au moins aussi ancienne que les Beaux-Arts puisque le principe de chambre noire, qui fut au demeurant utilisé par les peintres,

paradoxically, cannot be considered a later art than the fine arts.

On the other hand, while the principle is old, the technical production of photographic images is relatively recent because, as the name indicates (“writing with light”), the characteristic of photography is to fix a stable and lasting image by means of various technical processes. In this regard, it was not until between 1826 and 1827 that Joseph Nicéphore Nièpce, by combining three known principles and processes (*camera obscura*, darkening of silver chloride with light and fixation using a chemical agent), succeeded in creating the very first photograph. This invention was subsequently improved and the official date accepted for the invention of photography is 1839 when Arago presented the daguerreotype (one of the first photographic processes to record and display a permanent exploitable image and the first to be commercially used) to the French Academy of Sciences.

When photography became more widespread in the 20<sup>th</sup> century, problems of copying emerged. As there was no law in France specifically protecting photographs, the system applied to them was logically that of the law of 19 and 24 July 1793 which was applied by analogy with drawings. This enabled photographs to be treated like artistic works.

*remonta a la Antigüedad<sup>36</sup>. Por esta razón, la fotografía no puede considerarse, paradójicamente, como un arte posterior a las Bellas Artes.*

*Por otra parte, si bien es cierto que el principio es antiguo, su realización técnica es relativamente reciente ya que su particularidad reside, como su nombre indica, («escritura de la luz») en que como técnica y por medio de diversos procedimientos, consiste en fijar una imagen en forma estable y duradera. Ahora bien, sólo fue en 1826 y 1827 cuando Joseph Nicéphore Nièpce logró, mediante la combinación de tres principios y de tres procedimientos conocidos (cámara obscura, oscurecimiento del cloruro de plata por la luz y fijación por un agente químico), a crear la primera fotografía. A continuación, este invento se irá mejorando y la fecha oficial sobre la invención de la fotografía será 1839, fecha en la que Arago presenta en la Academia de ciencias el daguerrotipo (uno de los primeros procedimiento fotográficos para grabar y visualizar en forma explotable una imagen permanente y el primero que se utilizó comercialmente).*

*Durante el siglo XX, cuando la fotografía se democratizó, comenzaron los problemas de falsificación y fraude. Como no existía ningún texto que protegiera especialmente las fotografías, se les aplicó, por lógica, el régimen de la ley del 19 y del 24 de julio de 1793, la misma que se aplicaba a los dibujos, lo que permitía tratar las fotografías como obras artísticas.*

remonte à l'Antiquité<sup>36</sup>. Dès lors, la photographie ne pourrait paradoxalement être considérée comme étant un art postérieur aux Beaux-Arts.

D'un autre côté, si le principe est ancien, sa réalisation technique, elle, est relativement récente puisque sa particularité, comme son nom l'indique («*écriture de la lumière*») réside en ce qu'en tant que technique, elle consiste, par le biais de divers procédés, à fixer une image de façon stable et durable. Or, ce n'est qu'entre 1826 et 1827 que Joseph Nicéphore Nièpce est arrivé, par la combinaison de trois principes et procédés connus (chambre noire, obscurcissement du chlorure d'argent par la lumière et fixation par un agent chimique), à créer la toute première photographie. Cette invention sera par la suite améliorée et la date officielle de l'invention de la photographie retenue sera 1839, date à laquelle Arago présenta à l'Académie des sciences le daguerréotype (l'un des premiers procédés photographique à enregistrer et à afficher, de façon exploitable, une image permanente et le premier à être utilisé commercialement).

Lorsque la photographie s'est démocratisée au cours du XXème siècle, des problèmes de contrefaçon ont vu le jour. Comme il n'existant pas de texte protégeant spécialement les photographies, le régime qui leur fut appliqué fut logiquement celui de la loi des 19 et 24 juillet 1793 alors appliquée par analogie avec les dessins : cela permettait de traiter celles-ci comme des œuvres artistiques.

The application of the law of 1793 generated controversy as to whether photographs came within the sphere of art and whether they were covered by the provisions of the law. Some scholars did not think that a photograph could constitute a work of art due to the mechanical nature of its material execution and because the intellectual process was prior to and separate from the taking of the shot. Others, however, were of the opinion that all photographs were works of the mind. Part of scholarship considered that it was for the courts to determine the artistic character of photography. This was particularly difficult because the very principle of the mechanical nature of the photographic process raised doubts about the existence of the slightest stamp of the author's personality, the criterion that was being developed at the time and was on its way to becoming the only criterion to qualify for literary and artistic property protection. As an example of such refusal to consider photographs as original works of art, reference can be made to the judgment rendered by the Commercial Court of the Seine on 7 March 1861 holding that "*this industry cannot be assimilated to the art of a painter or drawer who creates compositions and subjects purely with the resources of his imagination or who, based on his personal feelings, interprets the viewpoints that nature offers him*".<sup>37</sup>

*La aplicación de la ley de 1793 dio origen a varias controversias acerca de si las fotografías dependían, por una parte, del arte y, por otra parte, si entraban en las previsiones de la ley. Para algunos, una fotografía no podía constituir una obra de arte en razón del carácter mecánico de su ejecución material y dado que el trabajo intelectual es anterior y distinto del de fotografiar una vista; para otros en cambio, todas las fotografías son obras del espíritu. Una parte de los doctrinantes consideraba que era de la competencia del juez determinar el carácter artístico de la fotografía. La cosa resultaba tanto más incómoda cuanto que el principio mismo del carácter mecánico del procedimiento fotográfico hacía que se dudara de que existiese cualquier huella de la personalidad del autor, criterio en construcción para la época y en tránsito de convertirse en el único criterio que iría a permitir gozar de la protección del derecho de autor. Podemos citar como ejemplo, el rechazo en cuanto a considerar las fotografías como obras de arte originales en la sentencia rendida por el Tribunal de comercio del Sena, de fecha 7 de marzo de 1861 cuyo tenor es el siguiente: «Esta industria no puede asimilarse al arte del pintor que crea, con los únicos recursos que le proporciona su imaginación, composiciones y temas o que interpreta según su sentir personal los puntos álgidos que le ofrece la naturaleza».<sup>37</sup>*

The obstacle was overcome by the law of 11 March 1957 which, for a time, made photographs subject to specific treatment by establishing a simple system to differentiate those photographs that

*El obstáculo fue franqueado por la ley del 11 de marzo de 1957, la cual, durante un tiempo, hizo que las fotografías beneficiaran de un tratamiento específico, estableciendo un sistema de discriminación*

Cette application de la loi de 1793 suscita plusieurs controverses sur le point de savoir si les photographies relevaient d'une part de l'art et d'autre part, si elles rentraient bien dans les prévisions de la loi. Pour certains, une photographie ne pouvait constituer une œuvre d'art en raison du caractère mécanique de l'exécution matérielle et du fait que le travail intellectuel est antérieur et distinct de la prise de vue; pour d'autres en revanche, toutes les photographies sont des œuvres de l'esprit. Une autre partie de la doctrine considérait qu'il revenait au juge de déterminer le caractère artistique de la photographie. Cela était d'autant plus malaisé que le principe même du caractère mécanique du procédé photographique faisait douter de l'existence d'une quelconque empreinte de la personnalité de l'auteur, critère alors en construction et en passe de devenir l'unique critère permettant de faire bénéficier de la protection par le droit d'auteur. L'on peut citer à titre d'exemple du refus de considérer les photographies comme des œuvres d'art originales, le jugement rendu par le Tribunal de commerce de la Seine le 7 mars 1861 selon lequel : «*Cette industrie ne saurait être assimilée à l'art du peintre ou du dessinateur, qui crée, avec les seules ressources de son imagination, des compositions et des sujets, ou bien encore qui interprète, d'après son sentiment personnel les points de vue que lui offre la nature.*»<sup>37</sup>

L'obstacle fut surmonté par la loi du 11 mars 1957 venue, pendant un temps, faire bénéficier les photographies d'un traitement spécifique en établissant un système de discrimination simple entre celles qui seraient

were eligible for literary and artistic property protection from those that were not.

Article 3 provided that protection would be granted if the photograph was artistic or documentary in character. So a selection had to be made to determine whether a photograph was eligible for protection. However, this method led to value judgments being made and to an artistic intention being sought for certain photographs. Moreover, in the case of the second alternative, it was pointless to refer to the stamp of the photographer's personality or the artistic character of the photograph in an inquiry into its documentary character.

This category, as Professor Frédéric Pollaud-Dulian has stressed,<sup>38</sup> departed from two basic principles of French literary and artistic property law: the irrelevance of the purpose and probably the merit of the work<sup>39</sup> and the exclusion of ideas because, ultimately, the documentary character justifying protection lay in the subject of the photograph rather than its form. Case law was perplexed.

It was the "Lang" law of 3 July 1985 that brought photographs back into the general law of literary and artistic property and ended their exceptional status. From then on, photographs were subject to the general criterion of originality in the form. The courts were no longer bound by the earlier criteria (artistic or documentary character) but had to look for the stamp

*sencillo entre las que pudieran ser susceptibles de protección por el derecho de autor y las que no lo fuesen.*

*En efecto, el artículo 3 disponía que la protección le sería concedida a la fotografía que presentase un carácter artístico o un carácter documental. Había que hacer entonces una selección para saber si la protección por el derecho de autor queda garantizada; pero este tipo de protección conducía a tener que emitir un juicio de valor y a buscar una ambición artística para ciertas fotografías. Por añadidura, en cuanto a la segunda rama de la alternativa, buscar el carácter documental hacía inútil cualquier referencia a la huella de la personalidad del fotógrafo como también al carácter artístico del negativo.*

*Esta categoría, tal como lo ha subrayado el Profesor Frédéric Pollaud-Dulian<sup>38</sup>, llevaba a exceptuar diversos principios básicos del derecho de autor francés: de una parte, dejar de lado el destino y probablemente el mérito<sup>39</sup>; de otra parte, a excluir las ideas, puesto que en el fondo el carácter documental, como fundamento de la protección, residía en el tema de la fotografía y no en la forma. La jurisprudencia estaba perpleja.*

*Finalmente, será la ley Lang del 3 de julio de 1985 la que situará las fotografías en el derecho común del derecho de autor y pondrá fin al estatuto derogatorio de las fotografías. Las fotografías quedarán sometidas entonces al criterio general, es decir al de la originalidad en cuanto a la forma. Los jueces no deberán seguir manteniendo los criterios anteriores*

susceptibles de protection par le droit d'auteur et celles qui ne le seraient pas.

En effet, l'article 3 disposait que la protection serait accordée si la photographie présentait un caractère artistique ou un caractère documentaire. Une sélection était donc à faire pour savoir si la protection par le droit d'auteur était assurée, mais ce mode de protection conduisait à opérer un jugement de valeur, à rechercher une ambition artistique pour certaines photographies. De plus, concernant la deuxième branche de l'alternative, rechercher le caractère documentaire rendait inutile toute référence à l'empreinte de la personnalité du photographe ainsi qu'au caractère artistique du cliché.

Cette catégorie, comme a pu le souligner le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian<sup>38</sup>, portait exception à plusieurs principes de base du droit d'auteur français : d'une part à l'indifférence de la destination et probablement du mérite<sup>39</sup>; d'autre part à l'exclusion des idées, puisque, au fond, le caractère documentaire fondant la protection résidait dans le sujet de la photographie et non dans la forme. La jurisprudence était perplexe.

C'est finalement la loi Lang du 3 juillet 1985 qui va ramener les photographies dans le droit commun du droit d'auteur et mettre fin au statut dérogatoire des photographies. Les photographies sont alors soumises au critère général, celui de l'originalité dans la forme. Les juges ne doivent plus s'attacher aux critères antérieurs (artistique ou

of the photographer's personality, implying the *de facto* exclusion of automatic photos of the "Photomatón" kind and meteorological satellite or medical imaging photographs.

Artistic (and/or aesthetic) value is now only an indication when seeking the author's personality in the photograph. What matters is the photographer's approach and to determine this there are a number of factors to be considered: the choice of the viewpoint, the framing, the focal length, the type of film, the print medium, the lighting, the contrasts, the background and the setting; retouching, editing and reframing choices; the colours chosen, the atmosphere created, etc.

It is important to note that the choice of the subject is not sufficient on its own to establish originality.

However, the alignment of the protection criterion for photographs with the general criterion has also drawn criticism. Some commentators have questioned the usefulness of the reform as the criterion of originality is considered too vague,<sup>40</sup> while others continue to think that literary and artistic copyright is ill-suited to photographs and that a special regime, in the form of a related right for example, would be preferable.<sup>41</sup>

Apart from photographs, the advent of conceptual art has also had a part to play in the corruption of the classic concept of originality.

(artístico o documental) sino deberán buscar la huella de la personalidad del fotógrafo, lo que lleva a excluir, de hecho, las fotografías de tipo «fotomatón», o las fotografías realizadas por los satélites meteorológicos o las imágenes médicas.

Definitivamente el valor artístico (y/o estético) ya no constituye un índice en la búsqueda de la personalidad del autor de la fotografía. Lo que importa es cómo el fotógrafo ha abordado el tema y, para determinarlo, se tomarán en consideración varios elementos: la elección del punto de mira, el enmarcado, la elección focal, las películas, los soportes del tiraje, la luz, los contrastes, el decorado, la escenificación, los retoques, el montaje; el recuadro, los colores elegidos, la atmósfera creada, etc.

Será importante destacar aquí que la elección del tema no basta por sí misma para caracterizar la originalidad.

Abora bien, poner al mismo nivel el criterio de la protección de las fotografías y el criterio general, puede ser objeto de críticas. Algunos, han podido considerar esa reforma como inútil, el criterio de la originalidad demasiado vago<sup>40</sup>, otros persisten en decir que el derecho de autor no se adapta bien a las fotografías y que sería preferible un régimen especial bajo la forma, por ejemplo, de un derecho conexo.<sup>41</sup>

Además de la fotografía, la aparición del arte conceptual también ha contribuido a desviar el concepto clásico de originalidad.

documentaire) mais doivent rechercher l'empreinte de la personnalité du photographe, ce qui consiste à exclure de fait les photographies de type «photomaton», ou les photographies de satellites météorologiques ou d'imageries médicales.

Désormais la valeur artistique (et/ou esthétique) ne constitue plus qu'un indice dans la recherche de la personnalité de l'auteur de la photographie. Ce qui importe, c'est l'approche du photographe et pour la déterminer, plusieurs éléments sont à prendre en considération : le choix du point de vue, le cadrage, le choix des focales, des pellicules, des supports de tirage, l'éclairage, les contrastes, le décor, la mise en scène, les retouches, le montage, le recadrage, les couleurs choisies, l'atmosphère créée etc.

Il est important de noter que le choix du sujet ne suffit pas, à lui seul, pour caractériser l'originalité.

Mais l'alignement du critère de la protection des photographies sur le critère général peut faire l'objet de critiques. Certains ont en effet pu considérer cette réforme comme inutile, le critère de l'originalité paraissant trop vague<sup>40</sup>, d'autres persistent à penser que le droit d'auteur est mal adapté aux photographies et qu'un régime spécial, par exemple sous la forme d'un droit voisin, serait préférable<sup>41</sup>.

Outre les photographies, l'avènement de l'art conceptuel a également contribué au dévoiement de la notion classique d'originalité.

**2. Conceptual Art**

Works of conceptual art are one of the new art forms that have deeply challenged both the earlier definitions of art and the classic definition of originality in law.

The origins of conceptual art date back to the early 20<sup>th</sup> century, just after the First World War, with Marcel Duchamp's "readymades". The term describes the idea he had of selecting ordinary, everyday objects such as bicycle wheels, chairs, bottle racks and urinals and exhibiting them in the greatest museums as works.<sup>42</sup> This idea aims to invite thought on the very notion of art and conversely non-art: creators, but also viewers, are invited to ask themselves whether it is possible to produce a work that does not come within the sphere of art. One of the best-known readymades is unquestionably Duchamp's *Fountain*, a porcelain urinal turned upside down and signed "R. Mutt" which he submitted at a modern art exhibition in 1917 held by the Society of Independent Artists (a New York association equivalent to the Parisian *Salon des Indépendants*). The object caused considerable controversy and was not exhibited in the end.

An offshoot of contemporary art, conceptual art challenges the earlier vision of art in that it focuses on ideas and meaning: it calls into question the traditional status of an artefact as a unique object that is collectable or tradeable. From

**2. Arte conceptual**

*Entre las nuevas formas consideradas como obras de arte que han dañado profundamente y por igual las definiciones anteriores de lo que es el arte y la definición clásica de la originalidad en derecho, están las obras de arte conceptual.*

*Este nuevo concepto de arte, surge principalmente a principios del siglo XX, justo después de la primera guerra mundial, con la aparición del "ready-made" o de los "objets tout fait" de Marcel Duchamp. La idea de este último consiste en seleccionar un objeto banal cualquiera de la vida corriente, como ruedas de bicicleta, sillas, porta-botellas, un urinario o water, etc... para exponerlos en los grandes museos como si fuesen obras de arte<sup>42</sup>. La idea se inscribe en la perspectiva de llevar a cabo un trabajo sobre el concepto de arte en sí mismo y, recíprocamente, del no arte: se trata de invitar a los creadores y también a los espectadores a que se pregunten si es posible producir una obra que no dependa del arte. Una de sus obras más conocidas es indiscutiblemente el water de porcelana colocado al revés, y que lleva por nombre «Fontaine» [«fuente»], firmado «R. Mutt» y presentado con ocasión de una exposición de arte moderno en 1917 en la Society for Independent Artists (asociación neoyorkina equivalente al Salón de los Independientes de París). El objeto suscitó una viva polémica y finalmente no fue expuesto.*

*Extraído del arte contemporáneo, el arte conceptual se opone radicalmente a la visión anterior del arte en lo que se adscribe a las ideas y a los sentidos, a saber: se trata de poner en tela de juicio el estatuto tradicional del objeto de arte en tanto en*

## ***2. Art conceptuel***

Parmi les nouvelles formes d'art ayant profondément mis à mal tant les définitions antérieures de l'art que la définition classique de l'originalité en droit, se trouvent les œuvres d'art conceptuel.

L'art conceptuel est principalement né au début du xx<sup>e</sup> siècle, juste après la Première guerre mondiale, avec l'apparition des «ready-made» ou des «objets tout fait» de Marcel Duchamp. Ils consistent en une idée de ce dernier de sélectionner un objet banal de la vie courante, tel que des roues de bicyclette, des chaises, des porte-bouteilles, des urinoirs etc. et, de les exposer dans les plus grands musées, en tant qu'œuvres<sup>42</sup>. Cette idée s'inscrit dans la perspective d'un travail sur la notion même d'art et réciproquement de non-art : il s'agit d'inviter les créateurs mais aussi les spectateurs à se demander s'il est possible de produire une œuvre qui ne relève pas de l'art. L'une de ces œuvres les plus connues reste incontestablement l'urinoir en porcelaine posé à l'envers, baptisé «Fontaine», signé «R. Mutt» et présenté à l'occasion d'une exposition d'art moderne en 1917 à la Society for Independent Artists (association new-yorkaise équivalente du Salon des indépendants de Paris). L'objet suscita une vive polémique et ne fut finalement pas exposé.

Issu de l'art contemporain, l'art conceptuel s'oppose radicalement à la vision antérieure de l'art en ce qu'il s'attache aux idées et aux sens : il s'agit d'une remise en question du statut traditionnel de l'objet d'art

this description, it can be inferred that not everything proceeds from art but everything is capable of being art and, as a result, such variability implies the absence of a precise definition of a work both legally and aesthetically. Faced with this new type of art, in which the boundary between idea and expression is blurred and the work's intellectualisation and dematerialisation tend to reduce it to a pure idea, the courts have nevertheless had to take a stand on the possibility of granting such works literary and artistic property protection while bearing in mind that one of the basic principles of such protection is that it does not extend to ideas.

Indeed, works that fall within the category of conceptual art (readymades, ephemeral works, monochromes, etc.) can qualify for protection only if, firstly, they are expressed in material form and, secondly, as well as fulfilling this condition of the general law of copyright, they satisfy the requirement of originality. Protection thus seems hard to obtain from both angles.

Yet the courts have accepted the existence of both materiality and originality in some cases despite the fact that, as a conceptual work implies minimising the stamp of the author's personality, it is arguably impossible to find an original character based on the classic definition of originality. However, scholarship, supported by the courts, resolved to adapt the definition of originality to reconcile

*cuanto objeto único, de colección o mercantil. Según semejante acepción, es posible deducir entonces que si todo no depende del arte, todo es capaz de ser arte, de suerte que una tal versatilidad implica que no hay una definición precisa de la obra, lo mismo desde el punto de vista jurídico que desde el punto de vista estético. Ahora bien, frente a este nuevo tipo de obra que se ha dado en llamar arte, en el que la frontera entre la idea y la expresión se esfuma y en el que la intelectualidad y la desmaterialización de la obra tienden a que ella no quede reducida más que a una idea, los jueces, a pesar de todo, han tenido que pronunciarse sobre la posibilidad de otorgarles a ese tipo de obras la protección del derecho de autor, todo y teniendo bien presente que uno de los principios esenciales de la protección es el de no proteger las ideas.*

*Así es en realidad, las obras que se inscriben en el arte conceptual (ready-made, obras efímeras, monocromáticas etc.), en primer lugar no pueden pretender a la protección más que en la medida en que estén materializadas y más allá de esa condición de derecho común del derecho de autor; y, en segundo lugar, tienen que satisfacer el requisito de originalidad. Desde este punto de vista, obtener la protección parece difícil por partida doble.*

*Sin embargo, los jueces han podido sostener con ocasión de ciertos procesos judiciales, tanto la existencia de una materialidad como de una originalidad; sólo que, en la medida en que la obra conceptual implica cercenar al máximo la huella de la personalidad del autor, sostener que la obra presenta realmente una originalidad referida a lo que es la definición clásica de la originalidad,*

en tant qu'objet unique, de collection ou de marchandise. Selon une telle acception, il est possible d'en déduire que si tout ne relève pas de l'art, tout serait susceptible de l'être, de sorte qu'une telle variabilité implique une absence de définition précise de l'œuvre, tant du point de vue juridique qu'esthétique. Or, face à ce nouveau type d'art, où la frontière entre l'idée et l'expression est floue et où l'intellectualisation et la dématérialisation de l'œuvre tendent à ce que celle-ci ne se réduise plus qu'à une idée, les juges ont quand même dû se prononcer sur la possibilité d'octroyer à ces œuvres une protection par le droit d'auteur tout en gardant à l'esprit que l'un de ses principes essentiels consiste en l'absence de protection des idées.

En effet, les œuvres relevant de l'art conceptuel (ready-made, œuvres éphémères, monochromes etc.) ne peuvent prétendre à une protection que dans la mesure où, premièrement elles se trouvent matérialisées et, au-delà de cette condition de droit commun du droit d'auteur, doivent deuxièmement satisfaire à l'exigence d'originalité. De ce point de vue, la protection semble donc doublement difficile à obtenir.

Pourtant, les juges ont pu retenir, à l'occasion de certaines affaires, tant l'existence d'une matérialité que d'une originalité; seulement, dans la mesure où l'œuvre conceptuelle implique de rogner au maximum l'empreinte de la personnalité de l'auteur, retenir l'existence d'un caractère original semblait, au regard de la définition classique de l'originalité,

contemporary art with literary and artistic property law.

So the criterion of the artist's choice emerged. In other words, the creative process became more important than the work's material form to assess its originality.

One of the most emblematic cases was probably the one involving Jakob Gautel's work, *Paradise*, consisting of the inscription of the word "Paradise" in gilded letters on a decaying wall above the door of the toilets of a former dormitory for alcoholics in a psychiatric hospital. While the concept of originality traditionally relates to a material work, the ruling of the Court of Appeal of Paris of 28 June 2006 and the subsequent ruling of the Court of Cassation of 13 November 2008 seemed to suggest that originality was more closely connected with an idea, a concept and thus the creative process, regardless of the work's materiality. However, it has been argued that, in actual fact, the judges killed two birds with one stone by holding that "*the artist's conceptual approach, consisting of affixing a word in a particular place so as to twist its ordinary meaning, had been formally expressed in an original material production*".<sup>43</sup>

So is there no loss of face? Nadia Walravens argues that conceptual art places us in a situation similar to that of photographs because the courts consider that the work's originality does not stem

*parece imposible. Por tanto, la doctrina, propagada por los jueces, ha optado por adaptar la definición de originalidad al arte contemporáneo [conceptual] para poder conciliarlo con el derecho de autor.*

*Es la razón por la cual ha surgido el criterio de selección hecho por el artista; es decir que para apreciar la originalidad de la obra, el proceso de creación ha cobrado mayor importancia que lo material de la obra.*

*Uno de los procesos judiciales más emblemáticos es probablemente el que se refiere a la obra de Jakob Gautel, «Paraíso», el cual consiste en haber inscrito dicho término en letras de oro patinadas, en una pared decrépita sobre la puerta de los reservados de un antiguo dormitorio para alcohólicos de un hospital psiquiátrico. Si tradicionalmente el concepto de originalidad se refiere a una obra material, la sentencia de la Corte de apelación de París del 28 de junio de 2006, como la sentencia de la Corte de casación del 13 de noviembre de 2008, parecen haber indicado que la originalidad está vinculada en mayor grado con una idea, o con un concepto y por lo mismo al proceso de creación, independientemente de la materialidad de la obra. Pero en realidad, los jueces habrían matado dos pájaros de un tiro al fallar que «el enfoque conceptual del artista, consistente en poner una palabra en un lugar particular desviándola de su acepción común, quedaba formalmente expresado en una realización material original»<sup>43</sup>.*

*¿El honor ha quedado a salvo? En opinión de Nadia Walravens, el arte conceptual nos coloca en una situación análoga a la de la fotografía en la medida en que los jueces consideran que la*

impossible. Pourtant la doctrine, relayée par les juges, a pris le parti d'adapter la définition de l'originalité afin de pouvoir concilier art contemporain et droit d'auteur.

À ce titre, a émergé le critère du choix fait par l'artiste; c'est-à-dire que le processus de création est devenu plus important que la matérialité de l'œuvre pour apprécier l'originalité de celle-ci.

L'une des affaires les plus emblématiques est probablement celle relative à l'œuvre de Jakob Gautel, «Paradis», consistant en l'inscription dudit terme peint en lettres d'or patinées sur un mur décrépi au dessus de la porte des toilettes d'un ancien dortoir pour alcooliques dans un hôpital psychiatrique. Si traditionnellement la notion d'originalité se rapporte à une œuvre matérielle, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2006 ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 2008, ont pu sembler indiquer que l'originalité se rattachait davantage à une idée, un concept et donc au processus de création, indépendamment de la matérialité de l'œuvre. Mais en réalité, les juges auraient fait d'une pierre deux coups, en jugeant que «*l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale*»<sup>43</sup>.

L'honneur est-il sauf? Selon Nadia Walravens, l'art conceptuel nous met dans une situation analogue à celle des photographies dans la mesure où les juges considèrent que l'originalité ne découle pas de l'objet (sujet

from the object (the work's subject) but from the intention which emerges through the framing, the play of light and the presentation of the object. These are arbitrary human choices comparable to those referred to in article L. 112-3, para. 1 of the Intellectual Property Code which states that “[a]uthors of translations, adaptations, transformations or arrangements of works of the mind shall enjoy the protection provided by this Code, without prejudice to the rights of the author of the original work. The same shall apply to authors of anthologies or collections of miscellaneous works or data, such as databases, which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute intellectual creations.”<sup>44</sup>

After seeing how the courts were able to “twist” the concept of originality to try and adapt it to trends in art and the emergence of new technologies, we shall now consider how European Union law has affected the concept of originality.

## **II. European Union Law’s Influence on the Concept of Originality**

Originality has been and continues to be a vague and controversial concept in French law. However, copyright law is gradually being harmonised at the European level by means of various directives. With respect to originality, reference can be made to Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 dealing with the term of protection of photographs and

*originalidad no se deriva del objeto (sujeto de la obra), sino de la búsqueda que transluce a través del enfoque o del encuadre, de los juegos de luces y de la presentación del objeto. Aquí se trata aún de opciones humanas arbitrarias, comparables a lo que contempla el artículo L.112-3 aparte 1 del Código de la Propiedad Intelectual, el cual establece que «Los autores de traducciones, de adaptaciones, de transformaciones o de arreglos de obras del espíritu gozan de la protección instituida por el presente Código sin perjuicio alguno de los derechos del autor de la obra original. Lo mismo reza para los autores de antologías o de compilaciones de obras diversas, como son las bases de datos que en razón de la elección en la disposición de las materias, constituyen creaciones intelectuales.»<sup>44</sup>*

*Tras haber visto cómo han hecho los jueces para poder «torcer» el concepto de originalidad con el propósito de tratar de adaptarlo a la evolución del arte y al advenimiento de las nuevas tecnologías, vamos a interesarnos a continuación en la manera como el derecho de la Unión europea ha podido incidir sobre el concepto de originalidad.*

### ***II. La influencia del derecho de la Unión europea sobre el concepto de originalidad***

*La originalidad es y sigue siendo un concepto vago y discutido. Sin embargo, poco a poco se va operando una armonización a nivel europeo por medio de distintas Directrices. Podemos citar la Directriz 91/250/CEE del 14 de mayo de 1991, concerniente a la protección jurídica de los programas informáticos para computadora, la Directriz 93/98/CEE del 29 de octubre de 1993, consagrada a la duración de la protección de las fotografías*

de l'œuvre) mais de la recherche qui transparaît à travers le cadrage, les jeux de lumières et la présentation de l'objet. Il s'agit là encore de choix humains, arbitraires, comparables à ce qui est visé par l'article L.112-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle, lequel dispose que «*Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.*»<sup>44</sup>

Après avoir vu comment les juges ont pu «tordre» le concept d'originalité afin de tenter de l'adapter à l'évolution de l'art et à l'avènement des nouvelles technologies, il s'agit de s'intéresser à la manière dont le droit de l'Union européenne a pu avoir une incidence sur la notion d'originalité.

## **II. L'influence du droit de l'Union européenne sur la notion d'originalité**

L'originalité est, et reste en droit interne, une notion vague et discutée. Cependant, une harmonisation du droit d'auteur s'opère peu à peu au niveau européen par le biais de différentes directives. En ce sens, nous pouvons citer la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, la directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993 s'attelant à la durée de protection

Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases. In their task of harmonising national laws, these three instruments opted for “the author’s own intellectual creation” as the sole criterion to identify originality.

This language was forgotten for a long time but has been the focus of renewed interest as a result of its recent use by the Court of Justice of the European Union which has elevated it to the rank of an autonomous concept (A). Although this solution has been presented as a step forward, its interpretation still raises questions (B).

#### **A. Establishment of a Single Common Criterion of Originality**

Originality has been elevated to the rank of an autonomous and now single principle of European law (1) by the EU Court of Justice which took advantage of the opportunity to try and define it more precisely (2).

##### **1. A Now Autonomous Criterion**

In its *Infopaq* ruling of 16 July 2009, the Court of Justice established “*the author’s own intellectual creation*” as the autonomous and uniform concept of originality, in line with various directives, by holding that “*an act occurring during a data capture process, which consists of storing an extract of a protected work comprising 11 words and printing out that extract, is such as to come within the concept of reproduction in part within the meaning of Article 2 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament*

*y, por último, la Directriz 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos del 11 de marzo de 1996. Estas diferentes herramientas jurídicas cuya misión consiste en armonizar los diferentes derechos internacionales, han sostenido como criterio único para identificar la originalidad, el criterio de la «creación intelectual propia al autor».*

*Esta fórmula, relegada al olvido durante largo tiempo, ha surgido con un renovado interés por el hecho de que recientemente los jueces de Luxemburgo la han hecho suya erigiéndola al rango de noción autónoma (A). Ahora bien, esta solución, a pesar de presentarse como un avance, nos deja perplejos por lo que a su interpretación se refiere (B).*

#### **A. Consagración de un criterio único de originalidad**

*La originalidad ha sido erigida al rango de principio autónomo y definitivamente único de la Unión (1) por los jueces europeos, los cuales han aprovechado para intentar definirla con una mayor precisión (2).*

##### **1. Un criterio definitivamente autónomo**

*Los jueces de Luxemburgo, mediante la sentencia Infopaq del 16 de julio de 2009, consagraron «la creación atribuida al autor» como noción unitaria y autónoma del concepto de originalidad, de conformidad con las diversas Directrices, sosteniendo que: «Un acto efectuado en el curso de un procedimiento para adquirir datos, que consiste en colocar en la memoria informática un extracto de una obra protegida compuesta de once palabras e imprimir dicho extracto, es susceptible de depender de la noción de*

des photographies, et enfin la directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996. Ces différents outils, ayant pour mission d'harmoniser les différents droits nationaux, ont retenu comme critère unique celui de la «création intellectuelle propre à son auteur» pour identifier l'originalité.

Cette formule, longtemps oubliée, a connu un regain d'intérêt du fait de sa récente reprise par les juges de Luxembourg qui l'ont érigée au rang de notion autonome (A). Cette solution, bien que présentée comme une avancée, laisse néanmoins perplexe quant à son interprétation (B).

### **A. La consécration d'un critère commun unique de l'originalité**

L'originalité s'est vue érigée au rang de principe autonome et désormais unique de l'Union (1) par les juges européens qui en ont profité pour tenter de la définir plus précisément (2).

#### **1. Un critère désormais autonome**

Les juges de Luxembourg, par l'arrêt Infopaq du 16 juillet 2009 sont venus consacrer «la création propre à son auteur» en tant que notion unitaire et autonome de l'originalité, conformément aux diverses directives en retenant que : *«Un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au*

*and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, if the elements thus reproduced are the expression of the intellectual creation of their author; it is for the national court to make this determination".*

This uniform concept was then deemed to be applicable to all copyrightable works. The position adopted here deserves to be stressed because, in the past, this criterion of originality had been used only in relation to specific works. The decision thus marks the beginning of the general application of the criterion which has become cross-cutting.

Before being recognised as an autonomous concept, the originality test applied to specific works only and had never been extended to all intellectual works.

However, in paragraphs 33 to 36 of its decision, the CJEU held that "*it follows [from Directive 2001/29] that protection of the author's right to authorise or prohibit reproduction is intended to cover a 'work'. It is, moreover, apparent from the general scheme of the Berne Convention [...] that the protection of certain subject-matters as artistic or literary works presupposes that they are intellectual creations. Similarly, under [Directives 91/250, 96/9 and 2006/116], works such as computer programs, databases or photographs are protected by copyright only if they are original in the sense that they are their author's own intellectual creation. In establishing a harmonised legal framework*

reproducción parcial en el sentido bajo el cual lo entiende el artículo 2 de la Directriz 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la denominada sociedad de la información, siempre y cuando – cosa que le incumbe verificar a la jurisdicción de reenvío – los elementos que se han tomado son la expresión de la creación intelectual propia de su autor».

*Esta noción unitaria se consideró entonces, como que podía aplicarse a las obras protegibles en conjunto. Habrá que subrayar al respecto que ello equivale a tomar partido puesto que el concepto de originalidad no se había invocado más que para las obras específicas. De modo, que la decisión, marca el comienzo de la generalización del criterio, que se ha convertido en criterio transversal.*

*Antes de haberse erigido como noción autónoma, el concepto de originalidad apuntaba únicamente a las obras específicas y nunca se había extendido al conjunto de las obras del espíritu.*

*Por tanto, en sus considerandos 33 a 36, la Corte de Justicia de la Unión Europea estimó que «se desprende (de la Directriz 2001/29) que la protección del derecho a autorizar o a prohibir la reproducción de la cual goza el autor, tiene por objeto una «obra». Ahora bien, a este respecto, se desprende de la economía general de la Convención de Berna, [...] que la protección de ciertos objetos, en tanto en cuanto obras literarias o artísticas, presupone que ellas constituyen creaciones intelectuales. Asimismo, de conformidad con (las Directrices 91/250, 96/9 y 2006/116), obras tales como programas informáticos para computadora, bases de datos o fotografías no están protegidas por*

*sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur».*

Cette notion unitaire a alors été considérée comme applicable à l'ensemble des œuvres protégeables. C'est un parti pris à souligner puisque le critère d'originalité n'était jusqu'alors invoqué que pour des œuvres spécifiques. Cette décision marque donc le début d'une généralisation du critère, lequel est devenu transversal.

En effet, avant d'être érigé au titre de notion autonome, le critère d'originalité visait uniquement des œuvres spécifiques et n'avait jamais été étendu à l'ensemble des œuvres de l'esprit.

Pourtant, dans ses considérants 33 à 36, la Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que «*il découle (de la directive 2001/29) que la protection du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction dont jouit l'auteur a pour objet une «œuvre». Or, à cet égard, il ressort de l'économie générale de la convention de Berne, [...] que la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques presuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles. De même, conformément (aux directives 91/250, 96/9 et 2006/116), des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées*

*for copyright, Directive 2001/29 is based on the same principle, as evidenced by recitals 4, 9 to 11 and 20 in the preamble thereto”.*

So the CJEU undertook an extension based on various directives dealing with certain specific works which all mention that the works in question are protected by copyright only if “*they are original in the sense that they are their author's own intellectual creation*”; as a result, the Court made this a general criterion.

However, it can be noted that the criterion of “the author's own intellectual creation” seems far removed from the French criterion of “the stamp of the author's personality” or the German criterion requiring a “degree of creative arrangement”.

Nevertheless, the Court, in the name of harmonisation, gave precedence to a common criterion which was already present in European instruments and which is now supposed to be applied to all works, whatever their nature.

But the CJEU did not stop there. It decided to grant itself – in passing – a monopoly over the interpretation of the concept of originality because it states at the end of paragraph 27 of the *Infopaq* ruling that it is not for the Member States to provide the definition of the concept of “reproduction in part” in Directive

el derecho de autor a menos de que sean originales, lo cual se entiende bajo el sentido de que son una creación intelectual propia del autor. Al establecer un marco jurídico armonizado del derecho de autor, la Directriz 2001/29 se basa en ese mismo principio, tal como se desprende de sus considerandos cuarto, noveno a undécimo y vigésimo».

*Consecuentemente, la Corte ha procedido a una ampliación basándose en las diferentes Directrices relativas a ciertas obras particulares que todas mencionan que las dichas obras no están protegidas por el derecho de autor más que si «son originales en el sentido de que son una creación intelectual propia de su autor»; la Corte hace así un criterio general.*

*Por nuestra parte, destacaremos que el criterio de «creación intelectual propia de su autor» parece estar bien alejado del criterio francés de «la huella de la personalidad del autor» o también del criterio alemán que exige «un grado de puesta en forma».*

*No obstante, sería en nombre de la armonización como los jueces de Luxemburgo han hecho que prevalezca un criterio común que ya estaba presente en los textos comunitarios y que, al parecer, se aplicará de aquí en adelante a todas las obras sean las que sean.*

*Sin embargo, lejos de pararse, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha decidido otorgarse – de paso – el monopolio de la interpretación del concepto de originalidad puesto que afirma al final del considerando 27 de la sentencia *Infopaq* que «no les corresponde a los Estados miembros dar una definición de la noción*

*par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur. En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée, ainsi qu'il en ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtième considérants, sur le même principe».*

La Cour a donc procédé à un élargissement en se fondant sur les différentes directives relatives à certaines œuvres particulières qui toutes mentionnent que lesdites œuvres ne sont protégées par le droit d'auteur que si «*elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à son auteur.*»; elle en fait ainsi un critère général.

Nous remarquons cependant que le critère de «création intellectuelle propre à son auteur» semble bien éloigné du critère français de «l'empreinte de la personnalité» de son auteur ou encore du critère allemand exigeant un «degré de mise en forme».

Ce serait néanmoins au nom de l'harmonisation que les juges de Luxembourg ont ainsi fait prévaloir un critère commun qui était déjà présent dans les textes communautaires et qui dorénavant est censé être appliqué à toutes les œuvres, quelles qu'elles soient.

Cependant, loin de s'arrêter en chemin, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé de s'octroyer – au passage – le monopole de l'interprétation de la notion d'originalité puisqu'elle affirme au terme du considérant 27 de l'arrêt Infopaq qu'*«il n'appartient pas aux États membres*

2001/29 given that “*the need for uniform application of Community law and the principle of equality require that where provisions of Community law make no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining their meaning and scope, as is the case with Article 2 of Directive 2001/29, they must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout the Community*”.

Through this paragraph, the Court thus invested itself with the power of interpreting the concept and proceeded to centralise its interpretation: accordingly, it made originality an autonomous concept within the meaning of Community law and progressively redefined its contours.

## ***2. The Redefined Contours of Originality***

A number of decisions of the Court of Justice have reinforced this case law by clarifying and confirming this general criterion.

For example, in the judgment in the *Football Association Premier League* case delivered by the Court's Grand Chamber on 24 October 2011<sup>45</sup> concerning the protection of an audiovisual retransmission of a football match, the Court referred to “*elements which are the expression of the authors' own intellectual creation*”. In the *Eva-Maria Painer* case,<sup>46</sup> concerning a classroom photo used in a search appeal, it referred to the “*intellectual creation of the author reflecting his personality and expressing his free and creative choices*”. Again, in *Football Dataco Ltd v. Yahoo!*

de reproducción que figura, en parte, en la Directriz 2001/29, puesto que de dicha definición se desprende, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del derecho comunitario cuanto del principio de igualdad, que los términos de una disposición de derecho comunitario que, como las del artículo 2001/29, no comporta ninguna remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance deben normalmente encontrar, en la Comunidad, una interpretación autónoma y uniforme».

*Es pues mediante este considerando, como la Corte se apropia del poder para interpretar la noción y procede a monopolizar la interpretación o sea, que hace autónomo el concepto de originalidad entendido según el derecho comunitario e irá redefiniendo progresivamente sus contornos.*

## ***2. Los contornos de la originalidad redefinidos***

*Numerosas sentencias de la Corte han venido efectivamente en refuerzo de esa jurisprudencia precisando y confirmando dicho criterio general.*

*De este modo, en la sentencia Football Association Premier League rendida en Cámara grande por la Corte de Justicia de la Unión Europea, el 24 de octubre de 2011<sup>45</sup>, relativa a la protección de una retransmisión audiovisual de un partido de fútbol, los jueces hacen referencia a «elementos que son la expresión de la creación intelectual propia de los autores». En el proceso judicial Eva Maria Painer<sup>46</sup> concerniente a una fotografía de clase utilizada en un cartel de búsqueda y captura, los jueces evocan la «creación intelectual del autor la cual*

*de donner une définition de la notion de reproduction en partie figurant dans la directive 2001/29, car il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui, telles celles de l'article 2 de la directive 2001/29, ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans la Communauté, une interprétation autonome et uniforme».*

C'est donc par ce considérant que la Cour s'approprie le pouvoir d'interprétation de la notion, et procède à une centralisation de l'interprétation : elle rend dès lors autonome la notion d'originalité au sens du droit communautaire et va progressivement en redéfinir les contours.

## ***2. Les contours redéfinis de l'originalité***

De nombreuses décisions de la Cour sont en effet venues en renfort de cette jurisprudence en précisant et en confirmant ce critère général.

Ainsi dans l'arrêt Football Association Premier League rendu en grande chambre par la Cour de Justice de l'Union Européenne, le 24 octobre 2011<sup>45</sup>, relatif à la protection d'une retransmission audiovisuelle d'un match de football, les juges font référence à «des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre aux auteurs». Dans l'affaire Eva Maria Painer<sup>46</sup> concernant une photo de classe utilisée dans un avis de recherche, ils évoquent la «création intellectuelle de l'auteur reflétant

(cited earlier)<sup>47</sup> concerning a football league fixture list classified as a database, the Court referred to “*an original expression of the creativity of the author*” before returning, in *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*<sup>48</sup> on the protection to be afforded to the user manual for a computer program, to “*the expression of the intellectual creation of the author of the work*”.

It follows from this case law that, apart from defining the contours of the concept, the Court at times conflates a work and originality while leaving room for a degree of subjectivity in the assessment of originality, notably by referring to the author’s creative freedom, although it also retains objective, economic criteria.

Firstly, the conflation of a work and originality was noted in the *Premier League* ruling where the Court makes no distinction between the work, as the object of protection, and the criterion for protection. This could suggest, as Professor Valérie Laure Benabou noted, that copyright law “*does not have the concept of ‘work’ as such, but merely discerns the original work covered by the protection*”.<sup>49</sup>

As an illustration, it can be observed that the Court does not regard sporting events as “*intellectual creations classifiable*

refleja la personalidad de este último y se manifiesta a través de sus opciones libres y creativas; es más, en la sentencia *Football Dataco Ltd vs. Yahoo* (antes citada)<sup>47</sup>, concerniente al calendario de los encuentros del campeonato de fútbol calificado de base de datos, la Corte se refiere a «una expresión original de la libertad creadora de su autor» antes de volver sobre al proceso *SAS Institute Inc vs World Programming Ltd*<sup>48</sup> acerca de la protección que había que acordarle al manual para utilizar un logicial en razón de «la creación intelectual propia del autor de dicha obra».

*Luego, lo que resulta de esta jurisprudencia es que la Corte – dejando por fuera el hecho de haber precisado los contornos del concepto – ha podido amalgamar a veces obra y originalidad, todo y dejando lugar a una cierta subjetividad en cuanto a apreciar la originalidad, en particular haciendo referencia a la libertad creativa del autor, todo y concertando, sin embargo, criterios objetivos, de tipo económico.*

*Para empezar, la amalgama operada entre obra y originalidad ha podido comprobarse en la sentencia Premier League donde la Corte no hace la diferencia entre la obra como objeto de la protección y el criterio de la protección. Lo que podría entenderse, tal como lo ha destacado el Profesor Valérie Laure Benabou, que «el derecho de autor desconoce la noción de obra como tal y se limita a aprehender la obra original cubierta por la protección».<sup>49</sup>*

*Para ilustrar nuestro propósito, observemos que la Corte no considera los encuentros deportivos como «creaciones*

*la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci*; ou encore dans l'arrêt Football Dataco Ltd vs. Yahoo (précité)<sup>47</sup> concernant le calendrier de rencontres de championnat de football qualifié de base de données, la Cour se réfère à «*une expression originale de la liberté créatrice de son auteur*» avant de revenir dans l'affaire SAS Institute Inc vs World Programming Ltd<sup>48</sup> sur la protection à accorder au manuel d'utilisation d'un logiciel à «*la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre*».

Or, il résulte de cette jurisprudence, qu'en dehors du fait d'avoir précisé les contours de la notion, la Cour a pu parfois faire l'amalgame entre œuvre et originalité, tout en laissant place à une certaine subjectivité quant à l'appréciation de l'originalité, notamment en faisant référence à la liberté créative de l'auteur, tout en conservant cependant des critères objectifs, économiques.

Tout d'abord, l'amalgame fait entre œuvre et originalité a pu être relevé dans l'arrêt Premier League où la Cour ne fait pas de distinction entre l'œuvre, en tant qu'objet de la protection, et le critère de la protection. Cela pourrait laisser entendre comme a pu le faire remarquer le Professeur Valérie Laure Benabou que «*le droit d'auteur ne connaît pas la notion d'œuvre en tant que telle, mais se limite à appréhender l'œuvre originale couverte par la protection*»<sup>49</sup>.

À titre d'illustration, nous observons que la Cour ne considère pas les rencontres sportives comme des «*créations intellectuelles qualifiables*

*as works within the meaning of the Copyright Directive*" in paragraph 98 of its ruling, whereas it considered that the user manual for a computer program constituted a creation in *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd.* Therefore, we note that the "intellectual creation" criterion relates to both the work as such and originality.

Again, according to Professor Valérie Laure Benabou, it would thus be logical to split the European definition into two statements: the work is an intellectual creation; it is original if it is its author's own creation. This definition in two parts would also be of evidentiary benefit: "*The work constitutes the product of an original approach. The work is evidenced by its existence; originality is inferred in the presence of the work. The work is objective; originality derives from it.*"<sup>50</sup>

Moreover, the Court seems to be moving towards a more subjective concept by using the notion of "creative freedom" three times in the above-cited decisions. The *Premier League* ruling offers an example: the "*rules of the game [of football matches] leave[el] no room for creative freedom for the purposes of copyright*" (para. 98). By contrast, the Court confirmed that it was otherwise if the author could "*express his creative abilities in the production of the work by making free and creative choices*" (*Eva-Maria Painer*, para. 89) or again by referring to the author's "*personal touch*" or "*creativity*". The use of these various references to describe originality gradually hones its definition for the purposes of EU law. Accordingly, the author must "*be capable of exercising freedom in his creative work; he must be*

intelectuales calificables de obras en el sentido bajo el que lo entiende la Directriz sobre el derecho de autor» *en su punto 98; mientras que en su sentencia SAS Institute Inc vs World Programming Ltd ha podido considerar que el manual para utilizar un programa informático para la computadora constitúa una creación. Consecuentemente, nos damos cuenta de que el criterio de «creación intelectual» se refiere tanto a la obra como tal, cuanto a la originalidad.*

*Siguiendo siempre la opinión del Profesor Valérie Laure Benabou, sería lógico escindir entonces la definición comunitaria en dos afirmaciones, a saber: la obra es una creación intelectual que es original si es propia de su autor. Esta definición en dos partes presentaría entre otras cosas una ventaja probatoria: «La obra es el producto de un proceso original. La obra se constata porque existe, la originalidad se infiere de la presencia de la obra. La obra es subjetiva, la originalidad se deriva de la obra».*<sup>50</sup>

*Además, la Corte parece orientarse hacia una noción más subjetiva al emplear por tres veces en sus múltiples sentencias antes citadas la noción de «libertad creadora». La sentencia Premier League lo ilustra claramente: «las reglas de juego del fútbol no dejan lugar a la libertad creadora según lo entiende el derecho de autor» (punto 98 de la Directriz) . En cambio, la Corte ha podido afirmar que tal era el caso si el autor hubiera podido «expresar sus facultades creadoras cuando al realizar la obra efectuó selecciones libres y creativas» (punto 89 de Eva Marie Painer); o aún refiriéndose a nociones tales como «toque personal» o «espíritu creador». El empleo de esas diferentes referencias para calificar la originalidad va puliendo poco a poco su definición y la va acordando con el sentido comunitario. Se trata entonces para*

d'œuvre au sens de la directive sur le droit d'auteur» dans son point 98 alors qu'elle a pu estimer que le manuel d'utilisation du programme d'ordinateur constituait une création dans son arrêt SAS Institute Inc vs World Programming Ltd. Nous observons donc que le critère de «*création intellectuelle*» se rapporte aussi bien à l'œuvre en tant que telle qu'à l'originalité.

Toujours selon le Professeur Valérie Laure Benabou, il serait logique de scinder dès lors la définition communautaire en deux affirmations : l'œuvre est une création intellectuelle, qui est originale si elle est propre à son auteur. Cette définition en deux parties présenterait en outre un avantage probatoire : «*L'œuvre constitue le produit d'une démarche originale. L'œuvre se constate par son existence, l'originalité s'infère dans la présence de l'œuvre. L'œuvre est objective, l'originalité en dérive.*»<sup>50</sup>.

Par ailleurs, la Cour semble s'orienter vers une notion plus subjective, en employant par trois fois dans ces multiples décisions précédemment citées la notion de «*liberté créative*». Illustration en est donnée par l'arrêt Premier League : «*les règles du jeu du foot ne laisse pas place à une liberté créative au sens du droit d'auteur*» (point 98). En revanche, la Cour a pu affirmer que tel en était le cas si l'auteur avait pu «*exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs.*» (point 89 de Eva Marie Painer) ou en se référant encore à des notions telles que «*touche personnelle*» ou «*esprit créateur*». L'emploi de ces différentes références pour qualifier

*able to free himself from the rules and be able to decide on his acts, being spurred by his creativity".<sup>51</sup>*

Reference is made to the author's creative freedom, but it is necessary to consider whether other criteria may come into play in determining originality. The directives mention only the criterion of originality for copyright protection. There must be no assessment of quality or aesthetic value and the merit, kind and purpose of the work are also irrelevant. Therefore, no value judgment is allowed.

*el autor «de ser capaz de sentirse libre en su labor creativa; debe poder emanciparse de las normas y debe ser dueño de sus actos por estar imbuido de su espíritu creador.<sup>51</sup>*

*Mención hecha de la libertad creadora del autor, será preciso ahora preguntarse si pueden entrar en juego otros criterios para determinar la originalidad. Las Directrices únicamente se centran en el concepto de originalidad por lo que a la protección entendida según el derecho de autor se refiere. No toman en cuenta ninguna evaluación acerca de la calidad o del valor estético de la obra y son indiferentes al mérito, al género o al destino de la obra. Consecuentemente, las Directrices rechazan cualquier juicio de valor*

However, the existence of an economic criterion to assess the work's protection can still be detected in the *Dataco* ruling. Indeed, at first sight, labour and skill in setting up a database are not sufficient in themselves to trigger protection but they may become so if they express originality in the selection or arrangement of the data contained in the database (para. 46). This recent decision seems to accommodate a more industrial conception of originality, with the notion of choice due to work of selection from among the available data.

*La sentencia Dataco, por lo que a ella se refiere, también deja ver que la protección de la obra se aprecia con un criterio económico. En efecto, a primera vista el trabajo y la habilidad para constituir una base de datos no bastan por sí mismos para desencadenar la protección, pero podrán bastar si expresan originalidad en la selección o en la disposición de los datos contenidos en dicha base (punto 46). Esta reciente sentencia parece abrirse hacia un concepto más industrial sobre la originalidad. En realidad, la noción de selección se aplicaría al hecho de haber realizado un trabajo para seleccionar los datos y en la manera como disponerlos.*

l'originalité peaufine peu à peu sa définition au sens communautaire. Il s'agit dès lors pour l'auteur «*d'être capable de liberté dans son travail de création; il doit pouvoir s'émanciper des règles et doit pouvoir décider de ses actes en étant animé par son esprit créateur*»<sup>51</sup>.

Mention est faite de la liberté créative de l'auteur, mais il est nécessaire de se demander si d'autres critères peuvent entrer en jeu dans la détermination de l'originalité. Les directives ne visent que le critère de l'originalité pour la protection au sens du droit d'auteur. Aucune évaluation de la qualité ou de la valeur esthétique n'est à prendre en compte tout comme il y a une indifférence quant au mérite, au genre et à la destination : il y a donc un refoulement de tout jugement de valeur.

L'arrêt Dataco, quant à lui, laisse percevoir encore l'existence d'un critère économique pour apprécier la protection de l'œuvre. En effet à première vue, le travail et le savoir faire pour la constitution d'une base de données ne sont pas en soi suffisants pour déclencher la protection, mais ils pourront le devenir s'ils expriment une originalité dans le choix ou dans la disposition des données contenues (point 46). Cette décision récente semble s'ouvrir sur une conception plus industrielle de l'originalité. En effet la notion de choix serait due à l'exercice d'un travail de sélection parmi des données dans leur disposition.

But should this interpretation be confined to databases or extended to all works?

*Ahora bien, ¿habrá que limitarse únicamente a esta interpretación en cuanto a las bases de datos o proceder a generalizarla para todas las obras?*

### ***B. A Concept That Still Raises Questions***

Following these various decisions, the interpretative power of the national courts has been restricted (1), but the interpretation of the concept of originality as such still raises doubts and questions (2).

### ***B. Un concepto siempre sujeto a incógnitas***

*Como consecuencia de las diferentes sentencias, los jueces nacionales han visto mermado (1) su poder de interpretación; pero interpretar el concepto de originalidad como tal, sigue estando sujeto a dudas y a interrogantes (2).*

#### ***1. The Remnants of the National Court's Interpretative Power***

These decisions of the Court of Justice have made copyright protection for all the Member States inextricably linked to the EU concept of “the author's own intellectual creation”.

#### ***1. Vestigios del poder de interpretación del juez nacional***

*Las diferentes sentencias jurisprudenciales que acabamos de mencionar, han hecho que la protección por el derecho de autor para los Estados miembros en su conjunto esté indisolublemente ligada a la noción comunitaria de «creación intelectual propia del autor».*

Accordingly, if a work does not satisfy this definition – albeit still subject to interpretation – it will be excluded from the scope of the legal system. This means, therefore, that the Member States' national courts should not be able to accept works that the Court of Justice of the European Union has judged ineligible for copyright protection. As a result, their interpretative power and autonomy are diminished. On the other hand, it is perfectly possible to interpret this observation to the effect that Member States are not prevented from turning to alternative protection which has not yet been harmonised. Indeed, as long as European Union law has not harmonised rights within the sphere of

*Entonces, si la obra no responde a esa definición, sujeta aún desde luego a interpretación, el régimen legal la repudiará. Lo que significa entonces, que los jueces nacionales de los Estados miembros ya no podrán mantener en el seno del derecho de autor las obras descartadas por la Corte de Justicia de la Unión Europea. A causa de lo cual, quedan despojados de su poder de interpretación y de su autonomía. Pero en cambio, es muy posible interpretar esta observación como que no estará prohibido volcarse hacia una protección alternativa ya que la definición no ha sido aún armonizada. En efecto, mientras el derecho de la Unión europea no haya armonizado aún los*

Mais faut-il se limiter à cette interprétation uniquement en ce qui concerne les bases de données ou procéder à une généralisation à toutes œuvres?

### **B. Une notion toujours sujette à interrogations**

Suite à ces différentes décisions, les juges nationaux ont vu leur pouvoir d'interprétation restreint (1) mais l'interprétation de la notion d'originalité en tant que telle reste toujours sujette aux doutes et aux questionnements (2).

#### ***1. Les vestiges du pouvoir d'interprétation du juge national***

Ces différentes décisions jurisprudentielles ont rendu la protection par le droit d'auteur, pour l'ensemble des États membres, indissolublement liée à la notion communautaire de «création intellectuelle propre à son auteur».

Dès lors, si l'œuvre ne répond pas à cette définition, certes encore sujette à interprétation, elle sera répudiée du giron de ce régime légal. Cela signifie, par conséquent, que les juges nationaux des États membres ne doivent plus pouvoir retenir les œuvres écartées par la Cour de justice de l'Union Européenne au sein du droit d'auteur. Ils perdent, en cela, de leur pouvoir d'interprétation et de leur autonomie. Mais il est en revanche tout à fait possible d'interpréter cette observation en ce sens qu'il ne sera pas interdit de se tourner vers une protection alternative dès lors qu'elle n'a pas encore été harmonisée. En effet, tant que le droit

intellectual property (which, moreover, is not defined), Member States remain free to construct *ad hoc* regulations.

These observations lead towards three possibilities: either the work qualifies for protection according to the CJEU's criteria and the national court must then protect it; or, if it does not, the court will have to deny it protection unless it finds more specific protection for it in domestic law; or again it may also validate an existing contractual instrument if there is one. Therefore, the CJEU's case law now prohibits Member States from including or maintaining in their legal order subject matter that is excluded from protection. As a result, national legislatures and courts are no longer free to choose the subject matter attracting copyright protection.

It is also possible to inquire into the possibility of granting different protection based on the degree of originality. Would differences in regimes be possible for Member States within the categories of protected works?

If we refer to the decision in the *Eva-Maria Painer* case concerning a portrait photograph, the CJEU established equal treatment within the category of photographic works by stating in paragraph 97 that “*nothing in Directive 2001/29 or in any other directive applicable in this field supports the view that the extent of such protection should depend on possible differences in the degree of creative freedom in the production of various*

*derechos que proceden de la noción de propiedad intelectual (por lo demás no definidos), Los Estados miembros siguen quedando en libertad de establecer reglamentaciones ad hoc.*

*Las anteriores observaciones nos llevan a considerar tres posibilidades: o bien la obra es elegida y accede al beneficio de la protección según los criterios de la Corte de Justicia de la Unión Europea y el juez debe entonces protegerla; o bien, si éste no fuere el caso, el juez deberá excluirla de toda protección si es que no encuentra otra más específica en su derecho interno; o bien, si se diere el caso, podrá validar un instrumento contractual existente. Entonces, de aquí en adelante, la jurisprudencia de la Corte prohíbe a los Estados miembros que incluyan o que mantengan en su orden jurídico los objetos que ella excluya de la protección. De esta manera, ni el juez, ni el legislador tienen libertad para elegir qué objetos entran en el derecho de autor.*

*También es posible preguntarse acerca de la posibilidad de otorgar una protección distinta según sea el grado de originalidad de la obra. ¿Sería posible acaso que hubiera diferencias de regímenes en el seno de las obras protegidas por los Estados miembros?*

*Si nos referimos a la decisión Eva-Maria Painer concerniente a la fotografía de un retrato, la Corte consagró la igualdad de trato en el seno de la categoría, enunciando un punto 97, como sigue: «hay lugar para hacer constar que no hay ningún elemento en la Directriz 2001/29 o en otra Directriz aplicable en la materia que permita considerar que la extensión de una protección de esta naturaleza sería tributaria de eventuales diferencias en*

de l'Union européenne n'a pas encore harmonisé les droits procédant à la notion de propriété intellectuelle (non définie par ailleurs), les États membres demeurent libres de construire des réglementations *ad hoc*.

Ces observations mènent vers trois possibilités : soit l'œuvre est élue au bénéfice de la protection selon les critères de la Cour de justice de l'Union Européenne, et le juge national doit alors la protéger; mais si tel n'est pas le cas, le juge devra l'exclure de toute protection s'il n'en trouve pas de plus spécifique dans son droit interne ou bien il pourra aussi valider un instrument contractuel existant le cas échéant. Désormais, la jurisprudence de la Cour interdit donc aux États membres d'inclure ou de maintenir dans leur ordre juridique des objets qu'elle exclut de la protection. Ainsi ni le législateur, ni le juge ne sont plus libres de choisir les objets entrant dans le droit d'auteur.

Il est aussi possible de s'interroger sur la possibilité d'octroyer une protection différente selon le degré de l'originalité. Est-ce que des différences de régimes seraient possibles au sein des œuvres protégées pour les États membres?

Si nous nous reportons à la décision Eva Maria Painer qui portait sur la photographie d'un portrait, la Cour a consacré une égalité de traitement au sein de la catégorie en énonçant au point 97 qu'*«il y a lieu de constater qu'aucun élément dans la directive 2001/29 ou dans une autre directive applicable en la matière ne permet de considérer que l'étendue d'une telle protection serait tributaire d'éventuelles différences*

*categories of works*". The Court had to decide whether the protection of portrait photographs could be inferior to that enjoyed by other works. It answered no, thus requiring equal treatment to be granted within the category concerned.

Accordingly, we must conclude that it is no longer possible for the Member States which did so to lay down a threshold of originality in their domestic laws: either the work is original in the sense that it constitutes "its author's own intellectual creation" and thus enjoys full copyright protection; or it is not and will be ineligible for protection.

It is no longer possible to provide for the co-existence of two different regimes now that originality is an autonomous concept of EU law: "*the unification pursued by harmonisation prevails over the national particularism*".<sup>52</sup>

So what can be learned from this European input?

## **2. Lessons and Remaining Questions on Determining Originality**

Insofar as multiple criteria have been adopted, it is possible to speculate that national courts will retain a little leeway to characterise originality. However, three guidelines can already be identified for

cuanto a las posibilidades de las creaciones artísticas, cuando se realicen diversas categorías de obras.» *La Corte debía pronunciarse acerca de saber si la protección de fotografías de retratos podía ser inferior a la protección de la que gozan las demás obras. Los jueces respondieron por la negativa declarando la igualdad de tratamiento para la categoría requerida.*

*Habrá que comprender entonces que ya no queda ninguna posibilidad de establecer en el seno de las normas legales internas de los Estados miembros que las contemplaban, un umbral de originalidad: o bien la obra es original porque constituye una «creación intelectual propia de su autor» y goza entonces de una protección total por el derecho de autor; o bien la obra no es original y entonces quedará excluida de la protección.*

*Ya no es posible hacer que coexistan dos regímenes diferentes a partir del momento en que la originalidad es un concepto autónomo de derecho comunitario, la unificación perseguida por la armonización pasa antes que el particularismo nacional.*<sup>52</sup>

*¿Qué podemos retener entonces del aporte europeo?*

## **2. Enseñanzas e interrogantes que aún perduran acerca de cómo determinar la originalidad**

*En la medida en que los criterios adoptados son múltiples, podemos imaginar que los jueces nacionales conservarán, seguramente, un pequeño margen de maniobra para caracterizar la*

*dans les possibilités de créations artistiques, lors de la réalisation de diverses catégories d'œuvres.*» La Cour devait se prononcer sur le fait de savoir si la protection de photographies de portrait pouvait être inférieure à celle dont bénéficie d'autres œuvres. Les juges ont répondu par la négative en déclarant une égalité de traitement au sein de la catégorie requise.

Nous devons dès lors comprendre qu'il n'y a plus de possibilité d'établir au sein des législations internes des États membres qui le prévoyaient, un seuil d'originalité : soit l'œuvre est originale au sens où elle constitue une «création intellectuelle propre à son auteur» et elle jouit alors d'une protection totale par le droit d'auteur, soit elle ne l'est pas, elle sera alors rejetée hors de la protection.

Il n'est plus possible de faire coexister deux régimes différents dès lors que l'originalité est une notion autonome du droit communautaire, «*l'unification poursuivie par l'harmonisation l'emporte sur le particularisme national.*»<sup>52</sup>

Que pouvons nous donc retenir de l'apport européen?

## **2. Enseignements et interrogations restantes sur la détermination de l'originalité**

Dans la mesure où les critères retenus sont multiples, nous pouvons imaginer que les juges nationaux conserveront sûrement une petite marge de manœuvre pour caractériser l'originalité. Mais trois lignes de conduite

national courts on reading the foregoing judgments.

First, protection is not granted when “rules of the game” leave no room for creative freedom for the purposes of copyright (cf. *Premier League*). This indication seems clear as far as the principle is concerned, but what attitude should be adopted towards a figure skating solo based on compulsory figures? Creation is often subject to constraints imposed by a theme, economic requirements, a time frame or a format. When one considers such rules, it is possible to wonder whether originality can subsist in the end.

Second, it is possible to find the reflection of the author's personality if the author was able to express his creative abilities in the production of the work by making free and creative choices (cf. *Eva-Maria Painer*). According to the CJEU, freedom of choice seems to be central to originality; but choice is not everything and cannot on its own constitute originality as the criterion of protection. Indeed, choosing the clay or the model is not sculpting!

Third, the parts of a work are protected by copyright insofar as they share the originality of the whole work (cf. *Infopaq*).

At the end of the day, the benchmark standard could seem relatively accommodating according to some scholars: originality is reflected not only

*originalidad. Pero, si leemos las diferentes sentencias antes citadas, pueden identificarse, a partir de ahora, tres líneas de conducta por parte de los jueces.*

*En primer término, la protección no se otorga cuando «las reglas del juego» no dejan lugar a la libertad creadora según lo entiende el derecho de autor (cf. sentencia Primera League). En cuanto al principio, dicho aporte parece claro, ahora bien, ¿qué pensar entonces de la representación de un solo de patinaje artístico que integra figuras impuestas? Es cierto que en este caso, la obligación se impone con frecuencia a la creación a través de un tema, de exigencias económicas, de plazos o aún de formato. Cabe preguntarse entonces si finalmente la originalidad persiste si tomamos en consideración las reglas.*

*Por lo demás, el reflejo de la personalidad del autor se caracteriza cuando este último ha podido expresar sus aptitudes creativas al realizar la obra efectuando selecciones libres y creativas (cf. proceso judicial Eva-Maria Painer). En opinión de la Corte, la libertad de elegir parece constituir la piedra angular de la originalidad aunque la elección no haga todo y no constituya por sí sola la originalidad como criterio de protección. En efecto, elegir la arcilla o el modelo ¡no es esculpir!*

*Por último, las partes de una obra están protegidas por el derecho de autor desde el instante en que ellas participan, como tales, en la originalidad de la obra entera (cf. Infopaq).*

*En fin de cuentas, a decir de ciertos autores, el estándar de referencia parece relativamente acogedor: la originalidad se traduce por libertad de elección, pero*

peuvent être identifiées dès à présent par les juges nationaux à la lecture des différentes décisions précitées.

Premièrement, la protection n'est pas accordée lorsque les «règles du jeu» ne laissent pas de place à une liberté créative au sens du droit d'auteur (*cf. arrêt Premier League*). Cet apport semble clair sur le principe mais que penser alors d'un solo de patinage artistique intégrant des figures imposées? En effet, la contrainte est souvent imposée à la création par le biais d'un thème, d'exigences économiques, de délais, ou encore de format. Nous pouvons nous demander si finalement l'originalité persiste en considérant ces règles.

Par ailleurs, le reflet de la personnalité de l'auteur est caractérisé si ce dernier a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs (*cf. affaire Eva-Maria Painer*). Selon la Cour, la liberté de choix semble constituer la clé de voûte de l'originalité mais le choix ne fait pas tout et ne saurait constituer à lui seul l'originalité, critère de la protection. En effet, choisir la glaise ou le modèle n'est pas sculpter!

Enfin, les parties d'une œuvre sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière (*cf. Infopaq*).

En fin de compte, le standard de référence pourrait sembler relativement accueillant selon certains auteurs : l'originalité se traduit par

in freedom of choice but also in more direct input highlighting the author's "creative ability" in the arrangement and the combination of the elements constituting the work (cf. *Football Dataco*); "*will and ability may thus be employed alternatively or cumulatively*".<sup>53</sup> Indeed, in its ruling in the *Dataco* case, the Court accepts that labour and skill may express originality. Here too, there is an extension of the concept, but what are we to think if we compare this case law and *Infopaq* concerning the originality of the parts of a work.

In the Court's view, they are protected "*provided that they contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work*" (para. 39). This means that national courts must refrain from systematically granting protection to a part of the work on the ground that the whole is original and instead must check the originality of the part.

The question remains open as to the method to be adopted. As an illustration (given by Professor Benabou), let us consider a collage. One piece of the collage may well be banal whereas the whole is original. On what then should we base our determination? If we adopt the criterion of choice, it is possible to consider that the free creative choice of incorporation is in itself a vehicle for originality. However, there is still an unanswered question: On the basis of what element(s) is originality established?

también por una intervención más directa que pone de relieve la «capacidad creativa» del autor al disponer y combinar los elementos que constituyen la obra (cf. *Dataco*), «voluntad y capacidad se pueden entonces emplear alternativamente y de manera acumulativa». <sup>53</sup> Efectivamente, en la sentencia *Dataco*, la Corte admite que el trabajo y la destreza son capaces de expresar la originalidad. También aquí se amplifica el concepto, pero qué habrá que pensar si ponemos en paralelo esa jurisprudencia y la empleada en el proceso *Infopaq* que también lleva la originalidad a las partes de la obra.

La Corte considera que las dichas partes están protegidas a condición de que ellas contengan ciertos elementos que constituyan la expresión de la creación intelectual propia del autor de la obra» (punto 39). Esto significa, que el juez nacional debe abstenerse de otorgar sistemáticamente la protección a la parte de la obra en razón de que el todo es original y que debe entonces controlar la originalidad de la parte.

La cuestión queda en suspenso en cuanto al método que hay que adoptar. Como ilustración (adelantada por el Profesor Benabou), imaginemos un collage. Una parte del collage bien puede ser banal pero el conjunto, en cuanto a él, será original. Pero entonces, ¿sobre qué habrá que apoyarse? Si mantenemos el criterio de selección, cabe pensar que la libre opción creativa de hacer una inserción es, en sí misma, vector de la originalidad. No obstante, la cuestión sigue siendo la misma en cuanto a saber cuáles son los elementos que caracterizan la originalidad.

une liberté de choix, mais encore par une intervention plus directe mettant en exergue la «capacité créative» de l'auteur sur la disposition et la combinaison des éléments constitutifs de l'œuvre (*cf. Dataco*), «*volonté et capacité sont dès lors susceptibles d'être alternativement ou cumulativement employées.*»<sup>53</sup> En effet, dans l'arrêt Dataco, la Cour admet que le travail et le savoir faire sont susceptibles d'exprimer l'originalité. C'est ici encore un élargissement de la notion, mais que penser si nous mettons cette jurisprudence en parallèle avec celle d'Infopaq attrayant à l'originalité des parties de l'œuvre.

La Cour estime qu'elles sont protégées «*à condition qu'elles contiennent certains éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre*» (point 39). Cela signifie que le juge national doit s'abstenir d'accorder systématiquement la protection à la partie de l'œuvre au motif que le tout est original et doit dès lors contrôler l'originalité de la partie.

La question reste en suspens quant à la méthode à adopter. À titre d'illustration (avancée par le Professeur Benabou), imaginons un collage. Un bout de ce collage peut très bien être banal mais l'ensemble quant à lui sera original. Mais sur quoi doit-on alors s'appuyer? Si nous retenons le critère du choix, il est possible de penser que le libre choix créatif d'insérer est, en lui même, vecteur d'originalité. Mais la question reste entière quant à savoir sur quel(s) élément(s) l'originalité est caractérisée?

If we follow the *Infopaq* case law, the overall consideration of originality is not sufficient to determine the regime of the constituent elements. The mere fact of choosing an element is not enough to be eligible for protection.

With regard to the French position, it can be noted in this respect that the French courts have started – timidly – to bow to the requirements of European Union law by complying with the concept of originality as conceived by the CJEU given that it was employed word for word in two unpublished rulings of the Court of Appeal of Paris in 2013.<sup>54</sup> Nevertheless, the Court of Cassation seems to be keeping to its subjective approach by continuing to refer to the stamp of the personality,<sup>55</sup> including when it refers to “*its author's own approach*”.<sup>56</sup>

In the light of these developments, we shall now outline the various options open to literary and artistic property law.

### PART 3 – OPTIONS

In fact, the options seem fairly limited and, at the very least, head in different directions, these being either to establish *sui generis* rights to preserve the classic criterion of originality (I) or to develop a new definition capable of embracing the diversity of the works covered by literary and artistic property law (II).

*Si seguimos la jurisprudencia Infopaq, considerar globalmente la originalidad no basta para determinar el régimen aplicable a los elementos que constituyen la obra. Desde luego, simplemente el hecho de haber cifrado la selección solamente en un fragmento, no basta para acceder a la protección.*

*Por lo que concierne a la posición francesa, destacaremos al respecto que los jueces franceses han comenzado a plegarse tímidamente a las exigencias del derecho de la Unión Europea conformándose con el concepto de originalidad tal y como lo conciben los jueces de la Corte de Justicia de la Unión Europea, toda vez que dos sentencias inéditas, rendidas por la Corte de apelación de París en 2013 hicieron suyo el concepto al pie de la letra.<sup>54</sup> Sin embargo, parece, a pesar de todo, que la Corte de casación persiste en su manera de abordar la cuestión desde un punto de vista subjetivo y sigue refiriéndose a la huella de la personalidad, inclusive cuando se refiere «al recorrido propio de su autor».*

*A raíz de esta evolución, se tratará ahora de dar cuenta de las diferentes perspectivas que se presentan para el autor.*

### PARTE 3 – PERSPECTIVAS

*En realidad, las perspectivas parecen ser bastante limitadas y a lo menos bogar hacia rumbos contrarios, como son : consagrar derechos *sui generis* a fin de preservar el criterio clásico de la originalidad (I) o bien concebir una nueva definición que sea capaz de abarcar la diversidad de obras cubiertas por el derecho de autor (II).*

Si nous suivons la jurisprudence Infopaq, la considération globale de l'originalité est insuffisante pour déterminer le régime des éléments constitutifs. En effet, le simple fait que le choix se soit porté sur un fragment est insuffisant pour être éligible à la protection.

En ce qui concerne la position française, on relèvera à ce propos que les juges français ont timidement commencé à se plier aux exigences du droit de l'Union Européen en se conformant à la notion d'originalité telle que conçue par les juges de la Cour de Justice de l'Union Européenne puisque deux arrêts inédits, rendus par la Cour d'appel de Paris en 2013 ont repris la notion à la lettre<sup>54</sup>. Cependant, il semble malgré tout que la Cour de cassation persiste dans son approche subjectiviste en continuant de se référer à l'empreinte de la personnalité<sup>55</sup>, y compris lorsqu'elle fait référence à «*la démarche propre à son auteur*»<sup>56</sup>.

Suite à cette évolution, il s'agit dès à présent, de rendre compte des différentes perspectives qui s'offrent au droit d'auteur.

### **PARTIE 3 – PERSPECTIVES**

Les perspectives semblent en réalité assez limitées et à tout le moins elles voguent vers des destinations contraires : consacrer des droits *sui generis* afin de préserver le critère classique de l'originalité (I) ou bien concevoir une nouvelle définition apte à embrasser la diversité des œuvres couvertes par le droit d'auteur (II).

**I. Establishment of *Sui Generis* Rights or the Conservative Approach**

A true incompatibility seems to exist nowadays within literary and artistic property law between the classic criterion of originality and the subject matter to which it is applied not only by the courts but also by the legislator (A). Accordingly, the question can be raised as to whether the choice of creating *sui generis* rights would not have been more relevant rather than trying desperately to apply a criterion which has been so corrupted that it has become inadequate (B).

**A. Acknowledgement of Incompatibility**

In France, some scholars argue that the variability of originality distorts the criterion, suggesting that it is, as Judge Jonquères put it in his report of October 1986, a “variable-geometry” concept. Yet, conceptually, as Professor Frédéric Pollaud-Dulian points out, it seems difficult to accept that the criterion of originality, which determines a work’s eligibility for protection, may differ in content depending on the type of work involved. Indeed, such variability would amount to reintroducing in literary and artistic property law an indirect form of assessment of the author’s merit prohibited in principle by article L. 112-1 of the Intellectual Property Code under which “[t]he provisions of this Code shall protect the rights of authors in all works of the mind, whatever their kind, form of expression, merit or purpose.”

**I. Consagración del derecho sui generis o el enfoque conservador**

*Por lo que parece existe en nuestros días una verdadera incompatibilidad en el seno del derecho de autor entre el criterio clásico de originalidad y los objetos a los cuales los jueces, pero también los legisladores, lo aplican (A). De modo, que habrá que preguntarse si optar por crear derechos sui generis no sería más pertinente que romperse la cabeza buscando aplicar un criterio que a fuerza de haberlo desviado se ha hecho inadecuado (B).*

**A. Se hace constar la incompatibilidad**

*En Francia, según ciertos autores, la versatilidad de la originalidad equivale, según ciertos autores, a deformar el criterio, lo que deja pensar como lo sugería el Alto Consejero Jonquères en su informe de octubre de 1986, que el concepto es unconcepto «a geometría variable». Luego conceptualmente, tal como lo destaca el Profesor Frédéric Pollaud-Dulian, parece difícil admitir que el concepto de originalidad, el cual da derecho a la protección por el derecho de autor, admite un contenido distinto en función del tipo de obra. Semejante versatilidad equivaldría en realidad a introducir de nuevo en el derecho de autor una manera indirecta de apreciar el mérito del autor, cosa que, en principio, prohíbe el artículo L.112-1 del Código de la Propiedad Intelectual a tenor del cual «Las disposiciones del presente Código protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del espíritu, sea cual sea el género, la forma de expresión, el mérito o el destino».*

## **I. La consécration de droits *sui generis* ou l'approche conservatrice**

Il semble que de nos jours, il existe une véritable incompatibilité au sein du droit d'auteur entre le critère classique d'originalité et les objets auxquels les juges, mais aussi le législateur, l'appliquent (A). Dès lors, on peut se demander si le choix de créer des droits *sui generis* n'aurait pas été plus pertinent, plutôt que de s'échiner à appliquer un critère qui, à force d'être dévoyé, est devenu inadéquat (B).

### **A. Le constat d'une incompatibilité**

En France, la variabilité de l'originalité revient selon certains auteurs, à déformer le critère, laissant penser que la notion est, comme le suggérait le haut conseiller Jonquères dans son rapport d'octobre 1986, «à géométrie variable». Or conceptuellement, comme le relève le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian, il semble difficile d'admettre que le critère de l'originalité, qui ouvre droit à la protection par le droit d'auteur, reçoive un contenu distinct selon le type d'œuvre. Une telle variabilité reviendrait en effet à réintroduire dans le droit d'auteur une forme indirecte d'appréciation du mérite de l'auteur, prohibée en principe par l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel «*Les dispositions du présent code 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*».

This provision also implies the exclusion of the notion of talent which case law sometimes mentions. For example, courts have referred to “*the mark of the author's personality and talent*” or noted that a commissioned fresco could “*not fail to bear the stamp of the artist's personality and the originality of his talent*”. While literary and artistic property law should not concern itself with the creator's talent, in line with the principle of the irrelevance of merit, it inevitably resurfaces when the creation's originality is examined. Obviously, it is to be hoped that the creator shows talent, but even if that is not what critics and the public think, originality may still be established.

Similarly, it is important to distinguish originality from professional skill. Originality cannot be inferred from the mere fact that the work would have been different if it had been made by another person.

Moreover, a reminder that merit must not be taken into consideration is given in connection with computer programs by the eighth recital of the Directive of 14 May 1991 which prohibits “*tests as to the qualitative or aesthetic merits*” of programs. The same regime should thus apply, in keeping with the maxim *ubi lex non distinguit...*

Accordingly, despite the particular nature of certain works, such distortions of the concept of originality, as the distinguishing criterion, should not occur. Indeed, the courts should not make do

*La disposición conduce, entre otras cosas, a excluir una noción evocada a veces por la jurisprudencia, a saber: el talento. De esta manera se ha podido hacer constar la «marca de la personalidad del autor y de su talento» o comprobar que un fresco realizado por encargo no podía «dejar de llevar la huella de la personalidad del artista y de la originalidad de su talento». Ahora bien, el derecho de autor no tiene porqué preocuparse del talento del creador con arreglo al principio de que el mérito es indiferente; no obstante, este último surge inevitablemente al examinar la originalidad de la creación. Evidentemente, es deseable que el creador haga prueba de su talento, pero incluso si no fuera el caso del conjunto de la crítica o del público, la originalidad podría comprobarse.*

*Asimismo, es importante establecer la distinción entre la originalidad y la competencia profesional. La originalidad no puede derivarse del simple hecho de hacer constar que si la obra la hubiera realizado otra persona, sería diferente.*

*La prohibición de tomar en cuenta el mérito figura además, por lo que a los lógicales se refiere, en el octavo considerando de la Directriz comunitaria del 14 de mayo de 1991, a tenor del cual queda prohibida cualquier «evaluación de la calidad» del programa. De tal modo, que debería aplicarse entonces el mismo régimen con arreglo al adagio ubi lex non distinguit.*

*A partir de ahí y a pesar del particularismo de ciertas obras, semejantes desnaturalizaciones del concepto de originalidad como criterio discriminante, no deberían tener lugar; el juez no podría*

Cette disposition conduit, en outre, à exclure une notion parfois évoquée par la jurisprudence : le talent. On a ainsi pu faire état de la «*marque de la personnalité et du talent de l'auteur*» ou constater qu'une fresque réalisée sur commande ne pouvait «*manquer de porter l'empreinte de la personnalité de l'artiste et de l'originalité du talent de celui-ci*». Or, le droit d'auteur n'a pas à se préoccuper du talent du créateur, conformément au principe d'indifférence du mérite mais, celui-ci ressurgit inévitablement au moment de l'examen de l'originalité de la création. On peut évidemment souhaiter que le créateur fasse preuve de talent, mais même si cela n'était pas le cas de l'ensemble la critique ou du public, l'originalité pourrait être avérée.

De même, il importe de distinguer, l'originalité de la compétence professionnelle. L'originalité ne saurait découler du simple constat que, si l'œuvre avait été réalisée par une autre personne, elle aurait été différente.

Cette prohibition de prise en considération du mérite est par ailleurs rappelée, au sujet des logiciels, par le huitième considérant de la directive communautaire du 14 mai 1991 qui interdit toute «*évaluation de la qualité*» du programme. De sorte qu'il devrait donc y avoir application du même régime conformément à l'adage *ubi lex non distinguit*.

Dès lors, malgré le particularisme de certaines œuvres, de telles dénaturations de la notion d'originalité, en tant que critère discriminant, ne devraient pas avoir lieu. En effet, le juge ne saurait se contenter de

with noting “*intellectual input*” or an “*intellectual effort*” because these are not such as to characterise an act of creation on their own. As Professor Frédéric Pollaud-Dulian stresses, not every intellectual investment constitutes a work.

In fact, it has been argued that the expression “*personalised effort*” would be more acceptable if “*personalised*” meant that a personality had expressed itself and if the word “*effort*” did not relate to merit. In addition, the stamp of one’s personality and intellectual input ought to be complementary factors if anything, but not alternative ones. So a mere finding of choices made by a creator would not be sufficient to classify his work as original. It is not enough to note that the creator could choose between several options to conclude that the one chosen in the end is original. As Professor Philippe Gaudrat has noted, “*the motor of the creative act is not choice because it is a negative act which is necessarily exercised over an earlier positive act of possible forms to choose between*”.<sup>57</sup> In other words, “*choosing is not creating*” but “*there must be choice in order to create*”.<sup>58</sup> It goes without saying that there can be no original creation unless the author does indeed have a choice. Otherwise, if the adopted form has been imposed on him, he will not be able to claim protection. This does not mean, however, that selection cannot be protected. An anthology may reflect the personality of its author through the choices made. The same applies to photographs where the courts often infer from the numerous choices made by the author that the latter stamped his personality on the work. Nevertheless, the fact remains that choice cannot in itself be conflated with originality. The choices must reveal the creator’s personality to be able

*contentarse con hacer constar un «aporte intelectual» o un «esfuerzo intelectual», en la medida en que su naturaleza no puede caracterizar por sí misma un acto de creación. El Profesor Frédéric Pollaud-Dulian trae a la memoria que cualquier inversión inmaterial no constituye una obra.*

*En realidad, la expresión «esfuerzo personalizado» sería más aceptable para algunos, si el término «personalizado» significara que el autor ha expresado su personalidad y que el término «esfuerzo» remitiera a mérito. Por añadidura, la huella de la personalidad y el aporte intelectual deberían ser, a lo sumo, elementos complementarios y no alternativos. No bastaría pues para calificar su obra de original con hacer constar la sola elección operada por el creador. No basta con comprobar que el creador podía elegir entre varias propuestas para considerar por último que la opción seleccionada es original. Como lo ha manifestado el Profesor Philippe Gaudrat, «el motor del acto creativo no es la elección puesto que es una acto negativo que se ejerce necesariamente sobre un acto positivo anterior que propone formas entre las que hay que elegir»<sup>57</sup>. Dicho en otros términos, «elegir no es crear» pero «hay que saber elegir para crear»<sup>58</sup>. Sin embargo, cae por su propio peso que si el autor no dispone efectivamente de una opción no hay lugar para una creación original. De otro modo, si la forma adoptada le ha sido impuesta, no puede esperar beneficiarse del derecho de autor. Lo que significa que no por ello no pueda protegerse ninguna selección. Las antologías pueden reflejar a través de las opciones la personalidad del autor. Lo mismo ocurre en materia de fotografía en la cual los jueces se basan con frecuencia en las numerosas selecciones efectuadas por el autor para deducir que la obra lleva la marca de su personalidad. Ahora bien,*

constater un «*apport intellectuel*» ou un «*effort intellectuel*» dans la mesure où ceux-ci ne seraient pas de nature à caractériser à eux seuls un acte de création. Le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian rappelle que tout investissement immatériel ne constitue pas une œuvre.

En réalité, l'expression d'*«effort personnalisé»* serait pour certains plus acceptable si *«personnalisé»* signifiait qu'une personnalité s'est exprimée et que le mot *«effort»* ne renvoyait pas au mérite. De plus, l'empreinte de la personnalité et l'apport intellectuel devraient à la rigueur être des éléments complémentaires mais non des éléments alternatifs. Le seul constat de choix opérés par un créateur ne serait donc pas suffisant pour qualifier son œuvre d'originale. Il ne suffit pas de constater que le créateur avait le choix entre plusieurs propositions pour considérer que l'option finalement retenue est originale. Comme l'a constaté le Professeur Philippe Gaudrat, *«le moteur de l'acte créatif n'est pas le choix car il est un acte négatif qui s'exerce nécessairement sur un acte positif antérieur de propositions de formes entre lesquelles choisir»*<sup>57</sup>. En d'autres termes, *«choisir n'est pas créer»* mais *«il faut avoir le choix pour créer»*<sup>58</sup>. Cependant, il va de soi qu'il n'y a de place pour une création originale que si l'auteur dispose effectivement d'un choix. Autrement, si la forme adoptée lui a été imposée, il ne peut prétendre au bénéfice du droit d'auteur. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucune sélection ne peut être protégée. Les anthologies peuvent refléter, à travers les choix effectués, la personnalité de leur auteur. De même en matière de

to justify literary and artistic property protection.

*lo que pasa es que una selección, por sí misma, no puede confundirse con la originalidad. Para que las selecciones efectuadas por el autor justifiquen la protección por el derecho de autor, deben revelar su personalidad.,*

In addition, for reasons of legal soundness and certainty, originality should remain a single concept which is not transformed into objective novelty for some works and the expression of the personality for others because, if this were the case, the result would be to deny the unity of literary and artistic property law and undermine its foundations: a single criterion may not have different meanings and at the same time secure entitlement to the same legal protection.

*Además, por razones de sentido común jurídico y de seguridad jurídica, la originalidad debería ser un concepto unitario que no se transformase ora en una novedad objetiva para ciertas obras, otrora en expresión de la personalidad para otras, ya que si se sigue este camino a lo que conduce es a negar la unidad del derecho de autor y a minar sus fundamentos: un mismo criterio no puede tener varios sentidos y abrir a la vez la puerta a la misma protección jurídica.*

Lastly, some scholars<sup>59</sup> have raised the question whether the fact of protecting works like computer programs without considering any personal stamp did not – indirectly – amount to denying any moral rights: an objective approach to originality calls into question the concept of the author's moral right, the justification for which is precisely that the work is an extension of the author because he expresses his personality in it. Indeed, originality can be considered to form the bedrock of authors' rights in general and the moral rights in particular. By verifying that the work bears the stamp of its author's personality, we make sure that an umbilical cord exists between the creation and the creator. This link will then be protected by means of the author's economic rights, enabling the author to control the use of his work, and also, through the moral rights, enabling him

*Finalmente, algunos autores<sup>59</sup> se han preguntado si el hecho de proteger obras como los lógicales sin tomar en consideración cualquier huella de la personalidad de su autor, no equivaldría indirectamente a negar todo derecho moral: abordar objetivamente la originalidad es poner en tela de juicio la noción de derecho moral del autor cuya razón de ser consiste precisamente en que la obra es la prolongación de su autor puesto que expresa su personalidad. En efecto, se puede considerar que la originalidad es la base del derecho de autor, en general y del derecho moral, en particular. Es verificando que la obra lleva la huella de la personalidad de su autor como se garantiza la existencia de un cordón umbilical entre creación y creador. Este vínculo se protegerá después a través de los derechos patrimoniales del autor, derechos que le permitirán controlar la*

photographie, où les juges se fondent souvent sur les nombreux choix effectués par l'auteur pour en déduire qu'il a marqué l'œuvre de sa personnalité. Mais, il reste qu'un choix ne peut en lui-même être confondu avec l'originalité. Les choix doivent révéler la personnalité du créateur pour qu'ils puissent justifier la protection par le droit d'auteur.

De plus, pour des raisons de bon sens juridique et de sécurité juridique, l'originalité devrait rester une notion unitaire qui ne se transforme pas tantôt en une nouveauté objective pour certaines œuvres, tantôt en expression de la personnalité pour d'autres; car ce faisant, cela reviendrait à nier l'unité du droit d'auteur et à en saper les fondements : un même critère ne saurait revêtir divers sens tout en ouvrant droit à la même protection juridique.

Enfin, certains auteurs<sup>59</sup> se sont demandé si le fait de protéger des œuvres comme les logiciels, sans considération d'une quelconque empreinte personnelle, ne revenait pas indirectement à nier tout droit moral : une approche objective de l'originalité remet en cause la notion de droit moral de l'auteur dont la raison d'être est justement que l'œuvre constitue un prolongement de l'auteur car il exprime sa personnalité. En effet, on peut considérer que l'originalité constitue le fondement du droit d'auteur en général et du droit moral en particulier. En vérifiant que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son auteur, on s'assure de l'existence d'un lien ombilical entre la création et le créateur. Ce lien sera ensuite protégé à travers les droits patrimoniaux de l'auteur qui lui

among other things to preserve the work's integrity. However, it must be stressed above all that the moral rights are legitimate only if the work is original. It is because of the specific bond between the author and the work that these rights exist. In other words, to eliminate originality, understood as the stamp of the author's personality, would amount to removing, or at least weakening, the basis of the moral rights.

*explotación de su obra y que a través del derecho moral, van a preservar sobre todo la integridad de su creación. Habrá que insistir, no obstante, en cuanto a que el derecho moral sólo adquiere legitimidad si la obra es original. Efectivamente, en razón del lazo singular que existe entre el autor y su obra es como existe ese derecho. Dicho en otros términos, hacer que la originalidad desaparezca, entendida ésta como la huella de la personalidad del autor, equivale a suprimir el fundamento del derecho moral o, por lo menos, a fragilizarlo.*

This corruption of the concept may thus affect the coherence and unity of literary and artistic property. It is true that originality differs from novelty, banality, choice, talent, professional skill and so on, and that it helps to define originality to state what originality is not. But in the interests of clarity and legal certainty, it would be preferable to give a positive definition of the concept rather than adopting markedly different expressions depending on the cases involved, without some being more enlightening than others: *purely personal work, the author's own temperament and style, personal stamp, stamp of personal creative talent, personal formulation, seal of the author's personality, personal tone, choices expressing the author's personality, reflection of the author's personality, original whole revealing the author's creative effort and personality, work reflecting the imagination and personality, etc.*

*Por lo tanto, esa manera de desviar la noción supone afectar la coherencia y la unidad del derecho de autor. No cabe duda de que la originalidad se distingue de la novedad, de la banalidad, de la elección, del talento, de la competencia profesional... Si expresamos lo que no es la originalidad, contribuimos desde luego a definirla pero por precisión y por seguridad jurídica, sería mejor dar una definición positiva del concepto de originalidad y no seguir utilizando expresiones sensiblemente diferentes en función de los asuntos de que se trate, sin que unas definiciones sean más aclaratorias que otras, a saber: trabajo puramente personal, temperamento y estilo propios del autor, huella personal, huella del talento creador personal, fórmula personal, sello de la personalidad del autor, tono personal, selección que exprese la personalidad del autor, reflejo de la personalidad del autor, conjunto original revelador del esfuerzo creador y de la personalidad del autor, obra reflejando la imaginación y la personalidad del autor, etc.*

permettront de contrôler l'exploitation de son œuvre et aussi, à travers le droit moral qui lui permettra notamment de préserver l'intégrité de sa création. Mais, il faut surtout insister sur le fait que le droit moral n'a de légitimité que si l'œuvre est originale. En effet, c'est en raison du lien particulier existant entre l'auteur et son œuvre que ce droit existe. Autrement dit, faire disparaître l'originalité, entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, revient à supprimer le fondement du droit moral, ou à tout le moins à le fragiliser.

Ce dévoiement de la notion est donc de nature à affecter la cohérence et l'unité du droit d'auteur. Certes, l'originalité se distingue de la nouveauté, de la banalité, du choix, du talent, de la compétence professionnelle... En disant ce que n'est pas l'originalité, on contribue à sa définition mais par souci de précision et de sécurité juridique, il serait préférable de donner une définition positive de la notion plutôt que de retenir des expressions sensiblement différentes selon les affaires sans que les unes soient plus éclairantes que les autres : *travail purement personnel, tempérament et style propre de l'auteur, empreinte personnelle, empreinte du talent créateur personnel, formule personnelle, sceau de la personnalité de l'auteur, ton personnel, choix exprimant la personnalité de l'auteur, reflet de la personnalité de l'auteur, ensemble original révélateur de l'effort créateur et de la personnalité de l'auteur, œuvre reflétant l'imagination et la personnalité etc.*

The difficulty is generally due to the fact that the reference to originality, understood as the stamp of the author's personality, is meaningless for certain creations. This is particularly so for utilitarian works. When creations do not come within the artistic sphere, the courts are obliged to adapt the concept of originality if they are not to be systematically – or almost – denied access to copyright protection.

To clarify the situation, it has been proposed that reference be made to the exercise of the author's free will or arbitrary choices ("l'arbitraire de l'auteur"), while it is recognised that the notion would not "accurately reflect all positive law".<sup>60</sup> But, whatever the case, it has to be acknowledged that if there is room for the arbitrary in literary and artistic property law, it is above all on the side of the courts... The proposal in favour of a subjective, "variable-geometry" definition of originality may be appealing: If the reference to the author's personality can be retained only for certain "classic" works, why not accept that the concept of originality has different meanings depending on the creations involved? In this way, the traditional requirement would be abandoned in certain sectors and maintained in others. Yet such an approach is hard to accept.

"Variable geometry" is really only another name for acrobatics, an exercise that is rightly viewed with aversion by jurists because it creates uncertainty. How indeed is the coherence of literary and

*Por regla general, la dificultad estriba en que la referencia a la originalidad, entendida como la huella de la personalidad del autor, no tiene sentido para algunas creaciones; es el caso en particular para las obras utilitarias. Cuando la creación no depende de la esfera artística, los jueces se ven forzados a hacerla evolucionar so pena de rechazar sistemáticamente o casi, el acceso de esas creaciones a la protección por el derecho de autor.*

*Para clarificar la situación, se propuso hacer referencia al libre arbitrio del autor, todo y admitiendo que esta noción no permitía rendir cuenta con toda fidelidad del derecho positivo en su conjunto.<sup>60</sup> Pero en todo caso hay que admitir que si en derecho de autor hay un lugar para el libre arbitrio, será antes que todo el del juez... La proposición de definir subjetivamente la originalidad denominada «a geometría variable» puede seducir: si la referencia a la personalidad del autor no puede sostenerse sino para ciertas obras denominadas clásicas, ¿por qué no admitir entonces que el concepto de originalidad tiene un sentido distinto según sea la creación concernida? De esta manera, se abandonaría la exigencia tradicional en algunos campos y se mantendría en otros. Sin embargo semejante manera de concebir la originalidad es difícilmente admisible.*

*La «geometría variable» no es más que otro nombre que se le da a la acrobacia, ejercicio que temen los juristas con razón, por ser portador de inseguridad. Efectivamente, ¿cómo mantener la*

La difficulté tient généralement au fait que la référence à l'originalité, entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, n'a pas de sens pour certaines créations. C'est particulièrement le cas pour les œuvres utilitaires. Lorsque la création ne relève pas du domaine artistique, les juges se retrouvent contraints de faire évoluer la notion d'originalité, à peine de refuser systématiquement ou presque, l'accès de ces créations à la protection par le droit d'auteur.

On a proposé, pour clarifier la situation, de faire référence à l'arbitraire de l'auteur, tout en admettant que la notion ne permettait pas de «*rendre compte fidèlement de l'ensemble du droit positif*»<sup>60</sup>. Mais dans tous les cas, on doit admettre que s'il y a une place pour l'arbitraire en droit d'auteur, c'est avant tout pour celui du juge... La proposition d'une définition subjective de l'originalité, dite «à géométrie variable» peut séduire : si la référence à la personnalité de l'auteur ne peut être maintenue que pour certaines œuvres, dites classiques, pourquoi ne pas admettre que la notion d'originalité ait un sens différent selon la création concernée? On abandonnerait ainsi l'exigence traditionnelle dans certains domaines et on la maintiendrait dans d'autres. Pourtant une telle conception est difficile à admettre.

La «géométrie variable» n'est jamais que l'autre nom de l'acrobatie, exercice redouté à juste titre par les juristes car porteur d'insécurité. Comment en effet maintenir la cohérence du droit de la propriété littéraire

artistic property law to be maintained if the condition for the inception of rights varies according to the fields of creative activity?

At the theoretical level, Professor Carine Bernault argues that the subjective approach can be criticised for being based on an elitist conception that probably does not reflect all the manifestations of contemporary art.<sup>61</sup>

Be that as it may, this paradoxical situation, which requires authors to provide explanations when the courts themselves do not clarify what they mean by the criterion of “protectability”, generates a legal unknown that is all the greater as originality, when it is understood as the stamp of the author's personality, is a matter for the sovereign assessment of the lower courts judging the facts. Therefore, the lid closes again on the mystery that gives all power to the courts by enabling them, under the guise of stereotyped grounds, not to justify their decisions.

So once it is accepted that the work's definition by means of originality settles nothing, is imprecise, does not allow the outcome to be determined with certainty or even with probability and leaves practitioners in an uncomfortable state of uncertainty, would it not be better to propose the introduction of *sui generis* rights to protect utilitarian objects?

*coherencia del derecho de la propiedad literaria y artística cuando la condición establecida para generar los derechos varía según los ámbitos en los que se desarrolla la actividad creadora?*

*En el plano teórico, el enfoque subjetivo, según Carine Bernault, puede ser objeto de crítica por lo que se funda en una concepción elitista que probablemente no dé cuenta de todas las manifestaciones del arte contemporáneo<sup>61</sup>.*

*Sea como sea, esa situación paradójica que exige del autor una explicación ante el juez cuando este último ni siquiera precisa claramente qué es lo que se entiende bajo el criterio de «protegibilidad», genera un avatar jurídico tanto mayor cuanto que la apreciación de la originalidad depende del poder soberano de los jueces del conocimiento desde el momento que ella [la originalidad] se entiende como la huella de la personalidad del autor. Consecuentemente, se cierra con un candado ese misterioso y absoluto poder que se le otorga al juez y que le permite no motivar su sentencia, escudándose tras una motivación estereotipada.*

*Así las cosas, a partir del momento en que definir la obra mediante el concepto de la originalidad no establece nada, no precisa nada, no permite ninguna determinación real, ni siquiera probable y deja a los que están llamados a ponerla en práctica ante una incertidumbre incómoda, ¿no sería mejor proponer que se instaurasen derechos *sui generis* para proteger los objetos utilitarios?*

et artistique si la condition mise à la naissance des droits varie selon les domaines de l'activité créatrice?

Sur le plan théorique, l'approche subjective, selon le Professeur Carine Bernault, peut être critiquée en ce qu'elle est fondée sur une conception élitiste qui ne rend probablement pas compte de toutes les manifestations de l'art contemporain<sup>61</sup>.

Quoi qu'il en soit, cette situation paradoxale, qui exige de l'auteur qu'il s'explique, alors que le juge, lui-même, ne précise pas ce qu'il entend par le critère de «protégeabilité», génère un aléa juridique d'autant plus fort que l'appréciation de l'originalité relève du pouvoir souverain des juges du fond dès lors qu'elle est entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Le couvercle se referme donc sur le mystère qui donne au juge tout pouvoir en lui permettant, sous couvert d'une motivation stéréotypée, de ne pas motiver sa décision.

Si bien qu'à partir du moment où la définition de l'œuvre par l'originalité ne fixe rien, n'est pas précise, ne permet aucune détermination certaine, ni même probable, et laisse les praticiens dans une inconfortable incertitude; ne faudrait-il pas mieux proposer l'instauration de droits *sui generis* pour protéger les objets utilitaires?

**B. Introduction of Sui Generis Rights**

From the moment that there was a will to vest companies with rights conceived for the protection of the person of the creator through his work, the concept of originality, defined as the mark of the author's personality, was rendered meaningless. To protect utilitarian objects by literary and artistic property, it was necessary to focus entirely on the form to justify the process of developing the work carried out by the company, with no identified author. So the work had to be distanced from thought and creativity, both linked to the author as an individual, to enable literary and artistic property to become a tool for the protection of industrial creations. While it is difficult to claim that a company thinks, it is easier to show that it produces concrete or virtual objects which undoubtedly warrant protection. But then the big question is what protection is appropriate for creations claimed by a legal entity?

Companies seeking literary and artistic property protection for their industrial products merely point to and describe the form of the object to be protected, and assert that the claimed form is original. To grant their claims, the courts have been prepared to disconnect the criterion of originality from the need to identify the author. Basically, the paradox stems from the fact that the concept of personality means that the courts continue the mantra of the author's personality, even when the natural person who is the author is not known, and thus affirm that they are capable of identifying the stamp of the unknown author's personality! In this way, the criterion of originality has enabled protection to be afforded to works not

**B. La instauración de derechos sui generis**

*A partir del momento en que se les ha conferido a las empresas unos derechos concebidos para proteger la persona del creador a través de su obra, el concepto de originalidad definido como la huella de la personalidad del autor se ha dejado sin sentido. Para proteger los objetos utilitarios por el derecho de autor, no había más que conservar la noción de forma que justificara el proceso de elaboración de la obra por la empresa, sin identificarla a ningún autor. Había que alejar la obra de la idea y de la creación – ligadas ambas al autor-individuo – y permitir así que el derecho de autor sea una herramienta para proteger las creaciones de tipo industrial. Si bien es cierto que es difícil sostener que una empresa piensa, al contrario es más cómodo demostrar que la empresa fabrica, produce objetos concretos o visuales que merecen protección desde luego, pero en fin de cuentas lo que se trata de saber es: ¿qué protección es la adecuada para las creaciones reivindicadas por una persona moral?*

*Sin embargo, la empresa que reclama la protección del derecho de autor para sus productos industriales se contenta con justificar, solamente, cual es la forma del objeto candidato a la protección, describiéndola y pretendiendo que la forma que la empresa reivindica es original. De modo, que para acoger la demanda, los tribunales han aceptado desvincular el concepto de originalidad del imperativo de identificar al autor con su obra. En el fondo, la paradoja reposa en el hecho de que la noción de personalidad conduce a que los jueces siguen manteniendo la noción anterior de la personalidad del autor incluso cuando la persona física del autor no se conoce y se consideran capaces de identificar la huella de la personalidad*

### **B. L'instauration de droits *sui generis***

Dès lors qu'on a voulu conférer aux entreprises des droits imaginés pour protéger la personne du créateur au travers de son œuvre, on a vidé de son sens la notion d'originalité définie comme la marque de la personnalité de l'auteur. Il fallait, pour protéger les objets utilitaires par le droit d'auteur, ne retenir que la forme pour justifier le processus d'élaboration de l'œuvre par l'entreprise, sans aucun auteur identifié. Il fallait donc éloigner l'œuvre de la pensée et de la création, toutes deux liées à l'individu-auteur, pour permettre que le droit d'auteur devienne un outil de protection des créations de l'industrie. S'il est difficile de soutenir qu'une entreprise pense, il est plus aisé de montrer qu'elle produit des objets concrets ou virtuels qui méritent protection, sans aucune doute, mais toute la question est alors de savoir quelle protection est adaptée pour les créations revendiquées par une personne morale?

Or, l'entreprise qui réclame protection du droit d'auteur pour ses produits industriels se contente de justifier de la forme de l'objet candidat à la protection, de la décrire et de prétendre que la forme revendiquée est originale. Pour accueillir sa demande, les tribunaux ont dès lors accepté de déconnecter le critère de l'originalité de la nécessité d'identifier l'auteur. Le paradoxe, au fond, repose sur le fait que la notion de personnalité aboutit à ce que les juges ont maintenu l'antienne de la personnalité de l'auteur, même quand la personne physique de l'auteur n'est pas connue, et s'affirment donc capable d'identifier l'empreinte de

only with no author but also with no aesthetic idea and no conception of the form as a work, like the famous bolt or the plastic salad basket.

Therefore, we venture to suggest an avenue of approach that would perhaps enable literary and artistic property law to regain a degree of coherence, namely to call into question this extension of the law's scope to cover utilitarian works by protecting the latter by means of specific *sui generis* rights, as can already be the case for databases (which have shown limits to copyright protection, not least in view of the criterion of originality). Indeed, if originality must be the sole criterion, then the only way to remain faithful to this vision and restore the system's coherence would be to backtrack on the continuous extension of the scope of literary and artistic property law, starting with the small change and computer programs. Why not? There are some very good arguments in favour of expelling computer programs from the house of literary and artistic property.

Yet although this approach is appealing, it is rejected by most scholars as altogether unrealistic because it would overturn solutions that are already well established in practice.

Who can seriously believe that it is possible to backtrack on solutions that are now universally accepted, as in the case of computer programs?

*del autor desconocido! He aquí, como el concepto de originalidad se ha deslizado y ha permitido así proteger obras sin autor, pero también, sin estética, carentes del concepto de forma como obra cuyo resultado es el abrelias o el cesto de ensaladas en plástico.*

*Consecuentemente, nos vamos a arriesgar a sugerir una pista que quizá nos permita reflexionar para que el derecho de autor vuelva a encontrar algo de coherencia, a saber: poner en tela de juicio eso de ampliar el campo de aplicación del derecho de autor a los objetos utilitarios, protegiéndolos por medio de derechos sui generis propios, como ya puede ser el caso para las bases de datos (las cuales ya han sido objeto de límites en cuanto a la protección por el derecho de autor, en particular por lo que al concepto de originalidad se refiere). En efecto, si la originalidad debe ser el concepto único, entonces la única manera de serle fiel es devolviéndole su coherencia al sistema, es decir hacer marcha atrás sobre extender continuamente el campo de aplicación del derecho de autor y empezar por ocuparse de lo que se ha denominado "calderilla" y del logicial. ¿Por qué? Hay muy buenas razones para expulsar al logicial del recinto del derecho de autor.*

*Abora bien, si este enfoque es más que interesante, la mayor parte de los autores lo condenan porque equivaldría a impugnar unas soluciones que ya están muy enraizadas en la práctica. .*

*¿Quién puede creer seriamente que es factible retroceder sobre soluciones admitidas definitiva y universalmente, como es el caso de los logiciales?*

la personnalité de l'auteur inconnu! Voilà comment le critère de l'originalité a permis de protéger des œuvres sans auteur, mais aussi sans idée esthétique, sans conception de la forme en tant qu'œuvre, comme le fameux boulon ou le panier à salade en plastique.

On se risquera donc à suggérer une piste de réflexion qui permettrait peut-être au droit d'auteur de retrouver un peu de cohérence : remettre en cause cette extension du champ d'application du droit d'auteur aux créations utilitaires, en protégeant ces dernières par des droits *sui generis* propres, comme cela peut être le cas déjà, pour les bases de données (qui ont montré des limites à une protection par le droit d'auteur, notamment eu égard au critère de l'originalité). En effet, si l'originalité doit être le critère unique, la seule façon de rester fidèle à cette vision en redonnant sa cohérence au système, serait de revenir sur l'extension continue du champ d'application de droit d'auteur, à commencer par la petite monnaie et le logiciel. Pourquoi pas? Il y a de très bonnes raisons pour militer en faveur de l'expulsion du logiciel de la maison du droit d'auteur.

Or, si cette approche est séduisante, elle est condamnée par la plupart des auteurs tant elle semble peu réaliste, tant elle reviendrait à remettre en cause des solutions déjà bien acquises en pratique.

Qui peut croire sérieusement qu'il est possible de revenir sur des solutions, comme en matière de logiciels, désormais admises universellement?

If such a step backwards is precluded, the only real alternative would then be to acknowledge that the concept has evolved and that the condition of originality cannot have the same meaning for all categories of subject matter, to stop referring to the stamp of the author's personality like a mantra and to propose a new definition of the criterion of originality, or even abandon this criterion for another, more appropriate one.

## **II. The Adoption of a New Definition or the Progressive Approach**

It is impossible to think of providing a different definition of originality or of creating a new criterion that would better reflect the reality of the scope of literary and artistic property as it exists today (B) without studying the underlying philosophical, semantic, literary and artistic concepts (A).

### **A. Necessary Return to the Study of the Underlying Concepts**

From a philosophical viewpoint, the question "What is Art?" is not necessarily primordial. If anything, it is a secondary question as philosophers endeavour above all to clarify thought and to achieve a system of knowledge capable of communicating the Truth. Nevertheless, to the extent that the aim is to establish clear and intelligible concepts, the prior question of what Art is cannot reasonably be ignored.

*Si bien es cierto que ese volver atrás está excluido, la verdadera alternativa consistiría entonces en levantar acta de la evolución del concepto de originalidad y de que la condición de originalidad no puede seguir siendo la misma para cualquier categoría de obra, dejar de referirse, como si fuera una fórmula mágica, a la huella de la personalidad del autor y proponer una nueva definición del concepto de originalidad. Hasta incluso abandonar ese concepto en provecho de otro más adecuado.*

### **II. Adopción de una nueva definición o un enfoque progresista**

*Llegar a definir de otra manera la originalidad o a crear un nuevo criterio que se adecúe mejor a la realidad de lo que es hoy el ámbito del derecho de autor (B), no puede concebirse sin antes hacer un estudio de los conceptos fundamentales en el orden filosófico, semántico, literario y artístico (A).*

### **A. Necesidad de volver a estudiar los conceptos fundamentales**

*Desde el punto de vista filosófico, la pregunta acerca de lo que es el Arte no es necesariamente primordial, es más bien accesoria, toda vez que los filósofos se centran antes que nada en clarificar la mente para llegar a un sistema de conocimientos capaces de dar cuenta de la Verdad. Ahora bien, en la medida en que se trata de establecer conceptos claros e inteligibles, no se puede seriamente ocultar la cuestión previa acerca de qué es el Arte.*

Si ce retour en arrière est exclu, la véritable alternative consisterait alors à prendre acte de cette évolution de la notion et du fait que la condition d'originalité ne peut pas avoir le même sens pour toutes les catégories, cesser de se référer de manière incantatoire à l'empreinte de la personnalité de l'auteur, et proposer une nouvelle définition du critère de l'originalité. Voire même, abandonner ce critère au profit d'un autre, plus adéquat.

## **II. L'adoption d'une nouvelle définition ou l'approche progressiste**

Parvenir à définir autrement l'originalité ou à créer un nouveau critère, qui serait plus en adéquation avec la réalité du champ du droit d'auteur tel qu'il est aujourd'hui (B), ne peut se concevoir sans une étude des concepts fondamentaux d'ordre philosophique, sémantique, littéraire et artistique (A).

### **A. Le nécessaire retour à l'étude des concepts fondamentaux**

Du point de vue philosophique, la question de ce qu'est l'Art n'est pas nécessairement primordiale, elle est plutôt accessoire, les philosophes s'attachant avant tout à clarifier la pensée et aboutir à un système de connaissances susceptible de rendre compte de la Vérité. Néanmoins, dans la mesure où il s'agit de parvenir à des concepts clairs et intelligibles, on ne peut décentrement occulter la question préalable de ce qu'est l'Art.

Without embarking on a highly ambitious attempt to give a comprehensive overview of individual stances on the concept of Art and thus correlatively the concept of originality, it can be noted that ancient thinkers saw Art above all as mimesis. Did Aristotle not say, in his *Poetics*, that, from childhood, man has an instinct for imitation? Indeed, in ancient times, Art was mainly viewed as an imitation of Nature which, being perfection, was the ideal model: the original/first work *par excellence*. Similarly, Plato considered that Art aimed to capture as well as possible the essence and order of Nature, craftsmen and artists being judged according to their ability to “reproduce” faithfully an existing reality or an initial structure. Plato went on from there to reflect on the link between Art and the Truth, concluding that an artist, unlike a craftsman, could not convey the Truth. In Book X of *The Republic*, Plato takes a bed as an example: when a craftsman makes a specific object like a bed, he turns to the being, the essence, the form or what Plato calls the Idea of the thing (in this instance the bed) and uses it as a model to be imitated in order to produce useful things, i.e. what is permanent in the thing and not subject to change or evolution. By contrast, when an artist imitates a thing, it is reproduced in its appearance only and not in its truth: it is merely a representation of the appearance of the tangible thing, this being an imperfect embodiment of the Idea. It can be added that by representing the appearance of things, an artist interprets the visible and this interpretation is necessarily subjective. This ancient conception of Art as mimesis thus prevents artists from capturing reality without adding a bit of their own selves or without leaving their mark. Accordingly, art-imitation was essentially illusionistic and too passionate to be able to reveal the Truth: Plato is critical of art-imitation as practised by

*Sin lanzarse a exponer exhaustivamente y en extremo ambiciosas las diversas posiciones acerca del concepto de Arte y correlativamente del de la originalidad, podemos destacar que nuestros antiguos pensadores concebían ante todo el Arte como mimesis: ¿no decía Aristóteles en la Poética, que desde su más temprana edad el hombre encuentra un placer en imitar? Así es, en la antigüedad el Arte se consideraba como una imitación de la Naturaleza, que servía como modelo ideal puesto que la Naturaleza es perfecta, es la obra primordial original por excelencia. En este sentido, Platón consideraba que el Arte buscaba cómo dar cuenta de la mejor manera de la esencia, del orden de la Naturaleza, opinaba que los artesanos y los artistas eran fieles «reproductores» de una realidad preeexistente, de un ordenamiento, de una planificación inicial. De ahí, que Platón reflexionara sobre el lazo que existe entre el Arte y lo Verdadero: para él, el artista, por oposición al artesano, es incapaz de dar cuenta de la Verdad. En el Libro X de la República, toma como ejemplo el de la cama: cuando un artesano fabrica un objeto, una cosa singular como es una cama, lo que hace es expresar el ser, la esencia, la forma y más aún lo que Platón llama la Idea de la cosa (en este caso la cama), para tomarla como modelo e imitarla y producir así cosas útiles, es decir lo que en la cosa es permanente, no sometido a cambio o a volverse otra cosa. En cambio, cuando un artista imita un objeto, lo que hace es reproducirlo, lo que produce es la apariencia del objeto únicamente y no su verdad; se contenta con representar el aspecto sensible del objeto, que no es más que la encarnación imperfecta de la Idea. Además, habrá que añadir que al representar el aspecto de las cosas, el artista interpreta lo visible y esa interpretación es necesariamente subjetiva. Esta manera como los antiguos concebían el Arte, es decir como mimesis, le impide*

Sans se lancer dans un panorama exhaustif et au combien ambitieux des diverses positions sur le concept d'Art et donc corrélativement sur celui d'originalité, l'on peut relever que les penseurs antiques concevaient avant tout l'Art en tant que mimesis : Aristote ne disait-il pas dans la *Poétique*, que, dès son plus jeune âge, l'homme se plaît à imiter? En effet, durant les temps anciens, l'Art était principalement considéré comme une imitation de la Nature, servant de modèle idéal puisque celle-ci est la perfection, l'œuvre originale et originelle par excellence. En ce sens, Platon estimait que l'Art visait à rendre compte au mieux de l'essence, de l'ordre de la Nature, les artisans et artistes étaient jugés sur leur capacité à être de fidèles «reproducteurs» d'une réalité déjà préexistante, d'un ordonnancement initial. De là, Platon a pu mener une réflexion sur le lien entre l'Art et le Vrai : l'artiste est incapable de rendre compte de la Vérité, par opposition à l'artisan. Dans le Livre X de la *République*, il prend notamment l'exemple du lit : lorsqu'un artisan fabrique un objet, une chose singulière telle qu'un lit, il se tourne vers l'être, l'essence, la forme ou encore ce que Platon appelle l'Idée de la chose (en l'occurrence le lit), pour la prendre comme modèle à imiter pour produire des choses utiles; c'est-à-dire ce qui, dans la chose, est permanent, non soumis au changement ou au devenir. En revanche, lorsqu'un artiste imite une chose, la reproduit, il s'agit d'une production de la chose dans son apparence uniquement et non dans sa vérité : il ne se contente que de représenter l'aspect de la chose sensible, lequel est une incarnation imparfaite de l'Idée. De surcroît, l'on ajoutera qu'en représentant l'aspect

artists. On the contrary, in his view, Art must aspire to the realm of Ideas. Art must reveal Ideas, bring them to light, disclose their essence and achieve a sort of epiphany of Truth, Beauty and Good, three key concepts that are intrinsically linked in Platonic philosophy.

*pues al artista captar lo real, sin poner nada de sí mismo y sin plasmar su huella. Entonces, el arte-imitación era ante todo ilusorio y demasiado pasional para poder desvelar la Verdad. Platón condena así el arte-imitación tal como lo ejerce el artista. Al contrario, para él, el Arte debe inscribirse en una perspectiva ascensional hacia el mundo de las Ideas. El arte debe revelar las Ideas, sacarlas a la luz, dejar aparecer su esencia y realizar una como epifanía de lo Verdadero, de lo Bello y del Bien, tres conceptos clave ligados intrínsecamente en la filosofía platónica.*

This idea that Art must be a revealing agent was to reappear in another form in the 20<sup>th</sup> century with Henri Bergson. He argued that artists teach us to see and pay attention to certain aspects of the visible or reality. What is the aim of Art, asks Bergson, “*if not to show us in nature and in the mind, within us and outside of us, things which did not explicitly strike our senses and our consciousness?*”<sup>62</sup> Art is then an instrument of perception which “*has no other object than to brush aside [...] everything that veils reality from us, in order to bring us face to face with reality itself*”.<sup>63</sup>

*La idea de que el Arte debe ser partícipe de una revelación volverá a aparecer bajo otra forma en el siglo XX con Henri Bergson. Según el, los artistas nos enseñan a ver y a prestar atención a ciertos aspectos de lo visible, de la realidad. ¿A qué apunta el Arte, dice Bergson, «sino a manifestarnos, en la naturaleza y en nuestro espíritu, en nuestro interior y fuera de él, cosas que no impactan explícitamente nuestros sentidos, ni nuestra conciencia»<sup>62</sup>? El Arte es entonces una máquina destinada a percibir «cuyo objeto no es otro que descartar [...] todo aquello que nos disfraza la realidad para situarnos frente a frente con la realidad misma»<sup>63</sup>.*

Similarly, Martin Heidegger<sup>64</sup> perceived Art as a disclosure of Truth, with the distinctive feature that he considers that the unfolding of truth is the result of a laborious struggle between form and matter; in his view, beauty is the way in which the truth unfolds. He highlights the close relationship between Art and History:

*Asimismo, Martin Heidegger<sup>64</sup> va a aprehender el Arte como aquello que levanta el velo de la Verdad, con la particularidad de que él considera que la eclosión de la Verdad es fruto de un combate laborioso entre forma y materia; esta forma de eclosión de la verdad es para él lo Bello. Heidegger pone también de*

des choses, l'artiste interprète le visible et cette interprétation est nécessairement subjective. Cette conception antique de l'Art en tant que mimesis, empêche donc l'artiste de saisir le réel sans y mettre de soi, sans y laisser son empreinte. Dès lors, l'art-imitation était avant tout illusoire et trop passionnel pour pouvoir dévoiler la Vérité : Platon condamne ainsi l'art-imitation tel que l'exerce l'artiste. Pour lui, l'Art doit au contraire s'inscrire dans une perspective ascensionnelle vers le monde des Idées. L'Art doit révéler les Idées, les mettre à jour, dévoiler leur essence et réaliser une sorte d'épiphanie du Vrai, du Beau et du Bien, trois concepts clefs intrinsèquement liés dans la philosophie platonicienne.

Cette idée que l'Art doit participer d'une révélation se retrouvera sous une autre forme au xx<sup>e</sup> siècle avec Henri Bergson. Selon lui, les artistes nous apprennent à voir et à prêter attention à certains aspects du visible, de la réalité. À quoi vise l'Art, dit Bergson, «*sinon à nous montrer, dans la nature et dans l'esprit, en nous et hors de nous, des choses qui ne frappaient pas explicitement nos sens et notre conscience*»<sup>62</sup>? L'Art est alors une machine à percevoir qui «*n'a d'autre objet que d'écartier [...] tout ce qui nous masque la réalité, pour nous mettre face à face avec la réalité même*»<sup>63</sup>.

De même, Martin Heidegger<sup>64</sup> va appréhender l'Art en tant que dévoilement de la Vérité, avec ceci de particulier qu'il considère que l'éclosion de la vérité résulte d'un combat laborieux entre forme et matière; ce mode d'éclosion de la vérité étant pour lui, la beauté. Il

Art is the origin of the artist and the work and the question of the origin of the work of art becomes that of the essence of Art.

*relieve la íntima relación que existe entre Arte e Historia, a saber: el Arte es el germen del artista y de la obra que al germinar se convierte en la esencia del Arte.*

Therefore, it can be said that the artist's quest is primarily a quest to see things as they are rather than as they appear to the layman and that the goal of the created work is to generate an epiphany or insight into being for those who look at it.

*La búsqueda del artista sería entonces, sobre todo, una búsqueda que consiste en ver las cosas tal cual ellas son y no tal cual aparecen a nuestros ojos de profanos. La obra creada tendría entonces por objeto generar una epifanía, es decir una revelación del orden de lo existente, para aquellos que la contemplan.*

This stance, centred on unveiling the truth, seems to lead us away from any consideration of the artist's individuality interfering with the produced work.

*Esta posición cuyo eje es levantar el velo de la Verdad, parece apartarnos de cualquier consideración, sobre una interferencia de la individualidad del artista con la obra producida.*

In sum, the point to note is that Art in philosophy never really amounts to a mere copy. While skill and know-how are needed to imitate, this is clearly not enough: an artistic work is original, unlike an imitation.

*En definitiva, habrá que retener que el Arte en filosofía nunca se resume a una simple copia. Es cierto que para imitar se requiere habilidad y maestría, pero claramente, ésto no basta; la obra artística es original, todo lo contrario de la imitación.*

An (original) work of art is an exception; it is something individual and unique, even if the artist adopts a style that he is not the only one to represent. The creation must be exceptional, but again this condition is not sufficient. In fact, according to Kant,<sup>65</sup> Art must have an exemplary dimension. In other words, a work of art produces the desire to be taken as a model.

*La obra de arte -original- es una excepción, es algo singular, único, incluso si el artista adopta un estilo del cual él no es el solo representante. La creación tiene que ser excepcional sin que, repetimos, dicha condición sea suficiente. Por lo demás, el Arte requiere, según Kant<sup>65</sup>, una dimensión ejemplar. Dicho en otras palabras, la obra de arte despertaría el deseo de tomarla como modelo.*

met également en exergue le rapport intime qui existe entre Art et Histoire : l'Art est l'origine de l'artiste et de l'œuvre et la question de l'origine de l'œuvre d'art devient celle de l'essence de l'Art.

La quête de l'artiste serait donc surtout une quête consistant à voir les choses telles qu'elles sont et non telles qu'elles apparaissent aux yeux des profanes. L'œuvre créée aurait donc pour but de générer une épiphanie, révélation de l'ordre de l'étant, pour ceux qui la contemplent.

Cette position, axée sur le dévoilement de la Vérité, semble nous écarter d'une quelconque prise en considération d'une interférence de l'individualité de l'artiste avec l'œuvre produite.

En définitive, il convient de retenir que l'Art en philosophie ne se résume jamais véritablement à une simple copie. Certes, il faut de l'habileté et un savoir-faire pour imiter, mais cela est clairement insuffisant : une œuvre artistique est originale, au contraire d'une imitation.

L'œuvre d'art – originale – est une exception, quelque chose de singulier, d'unique, même si l'artiste emprunte un style dont il n'est pas le seul représentant. La création doit être exceptionnelle, sans pour autant que cette condition soit encore une fois, suffisante. Au demeurant, il faut à l'Art, selon Kant<sup>65</sup>, une dimension exemplaire. Autrement dit, l'œuvre d'art produirait l'envie d'être prise comme modèle.

Be that as it may, it should be borne in mind that it is perfectly possible to draw guidance from the approach to Art in philosophy to derive a reliable and stable concept of originality or any other appropriate criterion.

However, a reliable concept requires a stable definition and as we saw in the introduction, the term “originality” derives directly from the Latin word *origo, originis* which, in the Gaffiot Latin dictionary, means “origin”, “source” or “birth”. It can be noted that this word is also related to the verb “*orior, iris, tri, ortus sum, oriturus*” which can be translated as “to rise”, “to spring from” or “to originate from”.

It follows therefore that a reference to originality is normally a reference to what is the source of the work, i.e. the creator, the person from whom the work “originates” or “springs”. In this sense, we are closer to the idea of creation than to that of being distinguishable from others.

From a semantic viewpoint, it has to be recognised that the objective conception of originality seems to prevail: the work must originate from its author to be original, i.e. it must not imitate another. Nevertheless, for a very long time, and even today to some extent, French law, as we have seen, has adopted a subjective meaning which is somewhat removed from the Latin term. French law has preferred to refer in a way to what makes for the author’s specificity, namely his personal

*Sea como sea, conviene guardar en mente que podemos inspirarnos en la manera como se ha abordado el Arte filosóficamente para poder extraer un concepto fidedigno y estable de lo que es la originalidad u otro criterio adecuado.*

*Luego, un concepto fiel responde a una definición estable y como ya hemos visto en la introducción del presente artículo, el término «originalidad» deriva directamente de la voz latina *origo, originis* que significa, según el diccionario Gaffiot «el origen», «la procedencia», «el nacimiento». Asimismo, podemos darnos cuenta de que esta palabra se emparenta con el verbo latino «*orior, iris, tri, ortus sum, oriturus*» que puede traducirse indistintamente por «levantarse», «ser la fuente» o «ser originario de».*

*Entonces, podemos comprender sin dificultad que referirse a la originalidad, es sencillamente referirse al ente como ser que origina la obra, es decir al creador, a ese ser del cual la obra «procede», del cual la obra «nace». Entendida así, la creación nos sitúa, antes bien, en el seno de la idea misma y no de una idea que busca distinguirse de otras.*

*Veamos ahora la originalidad desde el punto de vista semántico: no podemos por menos que admitir que el concepto objetivo de originalidad tiende a prevalecer: para que la obra sea original tiene que proceder de su autor, es decir que no debe haber sido imitada. Sin embargo, el derecho francés, como ya hemos visto, ha mantenido durante mucho tiempo, y todavía hoy sigue manteniéndolo en cierta medida, lo que tiene de subjetivo el concepto de originalidad el cual se aleja*

Quoiqu'il en soit, il convient de garder à l'esprit que l'on peut tout à fait s'inspirer de la façon dont est abordé l'Art en philosophie pour pouvoir dégager un concept fiable et stable de l'originalité ou tout autre critère adéquat.

Or à un concept fiable répond une définition stable et comme nous avons pu le voir en introduction, le terme «*originalité*» dérive directement du mot latin *origo*, *originis* signifiant selon le dictionnaire Gaffiot «*l'origine*», «*la provenance*», «*la naissance*». On remarquera que ce mot est apparenté également au verbe «*orior*, *iris*, *iri*, *ortus sum*, *oriturus*» qui peut tant être traduit par «*se lever*» que «*prendre sa source*» ou «*tirer son origine de*».

Dès lors, on comprend bien que se référer à l'originalité, c'est normalement se référer à ce qui est à l'origine de l'œuvre, c'est-à-dire au créateur, celui duquel l'œuvre «*tire son origine*», «*prend naissance*». En ce sens, l'on est bien plus en présence de l'idée de création que de l'idée de se distinguer des autres.

Et du point de vue sémantique, l'on doit bien admettre que la conception objective de l'originalité semble prévaloir : il faut que l'œuvre tire son origine de son auteur pour qu'elle soit originale, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été imitée. Cependant, le droit français, comme nous l'avons vu, a retenu pendant très longtemps, et encore aujourd'hui dans une certaine mesure, une acception subjective, qui s'éloigne quelque peu

stamp, rather than to the fact that the work has been made by the author himself.

However, such an approach contains the seeds of a difficulty: what if a work is merely an imitation of reality? For example, what if an author “merely” reproduces nature as faithfully as possible? Where is the stamp of the author’s personality to be found in that case? Moreover, what if the author, for reasons of physical inability, could not finish the work or had to delegate part of it – or even all of it – to an apprentice?<sup>66</sup> Whose personality is then stamped on the work: that of the apprentice who produced the work in part or in whole, or that of the master who gave instructions?

This is a tricky question and raises the question whether it is really relevant to speak of originality in the sense of the stamp of the author’s personality.

It is impossible to omit a reference in this regard to the disagreement that arose in the 19<sup>th</sup> century between the writer and literary critic Charles-Augustin Sainte-Beuve and Marcel Proust. Sainte-Beuve originated what was intended to be a positivist and scientific methodology to deduce – in broad outline – an author’s biography and inner self in part from the author’s works. His contention was that the work of an artist, and particularly that

*algo de la voz latina. El derecho francés ha preferido referirse en cierto modo a lo que constituye la especificidad de un autor, a su huella personal y no a su realización efectiva.*

*No obstante, esa concepción lleva en sí misma una dificultad: ¿quid si una obra no es más que una imitación de la realidad, es decir si un autor, por ejemplo, se contenta «simplemente» con reproducir lo más fielmente posible la naturaleza? ¿Dónde se encontrará entonces la huella de su personalidad? Por otra parte, ¿quid si el autor, por razones de incapacidad material, no ha podido concluir su obra o ha tenido que delegar una parte – o la totalidad – de ella a su aprendiz?<sup>66</sup> Repetimos una vez más, ¿de quién llevará la obra la huella de la personalidad: del aprendiz que es quien la ha realizado, así sea en parte o en totalidad, o del maestro que es quien ha dado sus instrucciones?*

*Es ésta una cuestión delicada que lleva a preguntarse si en verdad es pertinente hablar de originalidad bajo el sentido de la personalidad del autor.*

*Frente a este dilema, no podemos hacer nada distinto a referirnos a la controversia que durante el siglo XIX opuso en la época al escritor y crítico literario Charles-Augustin Sainte-Beuve a Marcel Proust. El primero, es el fundador de una metodología que queriéndose positivista, científica, que permitiese deducir – muy esquemáticamente – una biografía e igualmente en parte, el yo profundo de un autor a partir de sus obras. Según dicha*

du terme latin. Le droit français a préféré ainsi faire référence en quelque sorte à ce qui fait la spécificité d'un auteur, à son empreinte personnelle, plus qu'au fait que l'œuvre ait effectivement été réalisée de sa propre main.

Cependant une telle conception contient en germe une difficulté : quid si une œuvre n'est qu'une imitation de la réalité, c'est-à-dire si un auteur par exemple se contente «simplement» de reproduire le plus fidèlement possible la nature? Où se trouve alors l'empreinte de sa personnalité? Par ailleurs, quid si l'auteur, pour des questions d'incapacité matérielle, n'a pu finir son œuvre ou a du déléguer une partie – voire la totalité – de celle-ci à son apprenti<sup>66</sup>? Encore une fois, de quelle personnalité l'œuvre est-elle alors l'empreinte : de l'apprenti qui a réalisé l'œuvre que ce soit en partie ou totalement, ou du maître qui a donné ses instructions?

Cette question est délicate et revient à se demander s'il est véritablement pertinent de parler d'originalité au sens d'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Or l'on ne saurait faire autrement que de se référer à la controverse qui jadis opposa l'écrivain et critique littéraire Charles-Augustin Sainte-Beuve à Marcel Proust au cours du xix<sup>e</sup> siècle. Ce premier est le fondateur d'une méthodologie se voulant positiviste, scientifique, qui permettrait de déduire – très schématiquement – une biographie ainsi que le moi profond d'un auteur, en partie à partir de ses œuvres. En ce

of a writer, was above all the reflection of the artist's life and could be explained by it. This method was based on two things: on a search for the author's poetic intention and on his personal qualities. In this sense, the artist and the man were one. However, this method has its limits. The quintessential counter-example – although it may be based on a caricatured view of Saint-Beuve's theory – is that of Choderlos de Laclos, the author of *Les Liaisons dangereuses*. The author's private life and character bear no resemblance to those of the character Valmont. So the wariness shown by some towards Saint-Beuve's method is understandable. A leading opponent was Marcel Proust who argued that this theory was totally contrary to the creative process as experienced by the author. Indeed, according to Proust, the work is the product of another "self" in the sense that there is a distinction in his view between the "social" self, who is the everyday person moving in society and the "creative" self who is the person who expresses himself through the work.<sup>67</sup> Because of this dichotomy, it would be difficult therefore to consider that originality IS the stamp of the author's personality. Or at least what personality would actually be involved? Who is supposed to be protected by literary and artistic property law?

Of course, it would be possible to engage in long discussions on these issues, on the fact that we are dealing with very theoretical debates and that, in practical terms, these two "personalities" are the reflection of one and the same person, etc. But in view of the inherent weaknesses of

*metodología, la obra de un artista y en particular de un escritor, sería antes que nada el reflejo de su vida y podría explicarse a través de ella. El método se basa en investigar acerca de la intención poética del autor y en sus cualidades personales. Según Saint-Beuve, el artista y el hombre forman uno. Ahora bien, este método tiene sus límites. El ejemplo en contra (aunque quizás basado en una visión caricatural de la teoría de Sainte-Beuve), es el expresado de manera excelente por Choderlos de Laclos, autor de *Liaisons dangereuses*: su vida privada, su carácter, no tienen ningún parecido con el personaje de Valmont. De ahí, que podamos entender la circunspección de algunos por lo que al método de Sainte-Beuve se refiere. En primera línea se encuentra Marcel Proust que opondrá que ese método es perfectamente contraria al proceso de creación tal como lo vive el autor. En efecto, según Proust, la obra es el producto de otro «yo» bajo el sentido de que, según Proust, existe una diferencia entre el «yo social», que no es otro que el del hombre cotidiano que evoluciona en la sociedad y el «yo creador», que es el que se expresa a través de la obra<sup>67</sup>. De esa dicotomía surge entonces una dificultad para estimar que la originalidad ES la huella de la personalidad del autor o, por lo menos, habrá que preguntarse ¿de qué personalidad se trata realmente? ¿quién se supone que está protegido por el derecho de autor?*

*Queda claro que podríamos perorar durante horas sobre estos interrogantes por tratarse de debates muy teóricos y que, desde un punto de vista práctico, esas dos «personalidades» no son sino el reflejo de la misma persona, etc. Pero ocurre, que las fallas intrínsecas al concepto mismo de*

sens, l'œuvre d'un artiste, et plus particulièrement d'un écrivain, serait avant tout le reflet de sa vie et pourrait s'expliquer par elle. Cette méthode se fonde sur la recherche de l'intention poétique de l'auteur et sur ses qualités personnelles. En ce sens, l'artiste et l'homme ne font qu'un. Cependant, cette méthode comporte des limites. Le contre-exemple qui a été posé par excellence, mais qui peut-être se fonde sur une vision caricaturale de la théorie de Sainte-Beuve, est Choderlos de Laclos, auteur des *Liaisons dangereuses* : sa vie privée, son caractère, ne ressemblent en rien à ceux du personnage de Valmont. Dès lors on comprend la circonspection de certains concernant la méthode de Sainte-Beuve. En première ligne, Marcel Proust qui opposera que cette théorie est parfaitement contraire au processus de création tel que l'auteur le vit. En effet, selon Proust, l'œuvre est le produit d'un autre «moi» en ce sens qu'il existe selon lui, une distinction entre le moi «social», qui est l'homme de tous les jours, qui évolue dans la société, et le moi «créateur», qui est celui qui s'exprime à travers l'œuvre<sup>67</sup>. Dès lors, il y aurait une difficulté, du fait de cette dichotomie, à estimer que l'originalité EST l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ou du moins, de quelle personnalité s'agirait-il réellement? Qui est censé être protégé par le droit d'auteur?

Bien sur, nous pourrions deviser fort longtemps sur ces questions, sur le fait qu'il s'agit de débats très théoriques, et que d'un point de vue pratique, ces deux «personnalités» ne sont le reflet que d'une seule et même personne etc. Mais les failles, intrinsèques au concept même

the very concept of the “stamp of the author's personality”, one is naturally led to attempt to define the concept of originality in a different way.

### **B. A New Definition of Originality?**

At the end of this study, the two alternatives seem to us to be simple: either originality remains as it was and the continuous extension of the scope of literary and artistic property must be reversed, or this extension is regarded as an asset in which case it is necessary to propose a new definition that can be used to distinguish what is protectable from what is not. In the interests of realism, one is inclined, *a priori*, to choose the second alternative. Indeed, the strict application of the traditional definition of originality would make it necessary to backtrack on well-established solutions (if only in the field of computer programs) which, moreover, are widely accepted in other countries.

In this vein, after noting at the time of the famous *Pachot* ruling concerning computer programs that originality was a “variable-geometry” concept, judge Jonquères proposed a definition of general scope by referring to “*a modicum of innovative input on the author's part due to his intellectual effort*”.<sup>68</sup>

Professors Lucas refer, for their part, to an “inevitable objective approach” whereby it would be necessary to accept an alignment with the definition of originality adopted in the copyright systems to infer originality from the

*la «huella de la personalidad del autor» conducen naturalmente a intentar definir en otros términos el concepto de originalidad.*

### **B. ¿Una nueva definición de la originalidad?**

*Terminados pues estos comentarios, nos parece que la alternativa es sencilla : o bien la originalidad sigue siendo lo que era y habrá que volver sobre la extensión incesante del campo de aplicación del derecho de autor, o bien dicha extensión se contempla como una adquisición positiva y entonces habrá que proponer una nueva definición que haga posible operar la separación entre lo que puede dar pie a la protección del derecho de autor y lo que debe permanecer sin protección. La preocupación en cuanto a la realidad presente inclina, a priori, a optar por el segundo término de la alternativa. Aplicar estrictamente la definición tradicional de la originalidad obligaría en efecto à volver sobre soluciones ya bien implantadas (aunque sólo fuera en materia de logicial), soluciones que además están admitidas corrientemente en el extranjero.*

*De esta suerte, tras haber constatado con ocasión de la famosa sentencia Pachot relativa a los logiciales, que el concepto de originalidad era un concepto a «geometría variable», el Alto Comisario M. Jonquères ya proponía una definición de alcance general al referirse a «un aporte del autor, así sea poco innovador, debido a su esfuerzo intelectual». <sup>68</sup>*

*Los Profesores Lucas, hablan de un «inevitable enfoque objetivo»; habría que aceptar entonces alinearse a la definición de la originalidad establecida en los sistemas de copyright y deducir de la definición que no existe copia, salvo a*

de l'«empreinte de la personnalité de l'auteur» conduisent naturellement à tenter de définir autrement la notion d'originalité.

## **B. Une nouvelle définition de l'originalité?**

Au terme de ces développements, l'alternative selon nous, semble simple : ou bien l'originalité reste ce qu'elle était et il faut revenir sur l'extension incessante du champ d'application du droit d'auteur, ou bien cette extension est regardée comme un acquis positif, et il faut alors proposer une nouvelle définition permettant d'opérer le partage entre ce qui peut donner prise au droit d'auteur et ce qui doit rester sans protection. Le souci de réalisme incline a priori à choisir le deuxième terme de l'alternative. Appliquer strictement la définition traditionnelle de l'originalité obligerait en effet à revenir sur des solutions bien acquises (ne serait-ce qu'en matière de logiciel), au demeurant couramment admises à l'étranger.

Ainsi après avoir constaté, à l'occasion du célèbre arrêt Pachot relatif aux logiciels, que la notion d'originalité était à «géométrie variable», le haut conseiller Jonquères proposait déjà une définition de portée générale en se référant à «*un apport tant soit peu novateur de l'auteur dû à son effort intellectuel*»<sup>68</sup>.

Les Professeurs Lucas parlent, quant à eux, d'une «inévitable approche objective»; ainsi il faudrait accepter de s'aligner sur la définition de l'originalité retenue dans les systèmes de copyright pour la déduire

absence of copying, but requiring a modicum of creativity. This is precisely what the *Infopaq* ruling imposes: originality, in the Court of Justice's very general definition applicable to all works, is indeed creative activity stripped of any subjective connotation.

However, it is also possible to adopt a different approach by accepting that originality in literary and artistic property law means a creative activity springing from the creator's arbitrary choices. This notion of the arbitrary, which is proposed by a number of scholars,<sup>69</sup> would explain most of the solutions adopted by case law.

Other scholars<sup>70</sup> argue, on the contrary, that the criterion "is as obscure as it is hollow". Professors Lucas make the same appraisal of a "meaningless" standard of originality, "which lacks any autonomous differentiating function", stemming, in their view, from an obsession with remunerating investment that has led to an excessive extension of the scope of copyright based on the (questionable) English maxim that "*what is worth copying is worth protecting*". This is considered to be an empty criterion because it is understood too broadly, whatever the proposed definition.

That is why some scholars, like Agnès Tricoire,<sup>71</sup> propose redefining a "work" rather than "originality". In her view, the criterion of originality has shown its limits and its arbitrary character. She even asserts that, today, this criterion is a "judicial fiat" given how the lower courts

*exigir un mínimo de creatividad. Es precisamente lo que impone la sentencia Infopaq en la definición muy general de la Corte de justicia, en la cual la originalidad que se aplica a todas las obras, no es nada distinto a la actividad creadora desprovista de toda connotación subjetiva.*

*Sin embargo, se puede razonar de otra forma admitiendo que, en derecho de autor, lo que se entiende como originalidad es una actividad creadora que procede del libre arbitrio del creador<sup>69</sup>. Esta noción de arbitrariedad que un gran número de autores pone por delante, explicaría lo esencial de las soluciones jurisprudenciales.*

*Al contrario, para otros autores<sup>70</sup> el criterio es «tan opaco cuanto vano». Los Profesores Lucas hacen constar lo mismo acerca de un criterio de originalidad «carente de sentido» y «desprovisto de toda función discriminatoria autónoma» que según ellos, resultaría de una obsesión por obtener una remuneración sobre la inversión efectuada; obsesión que ha conducido a llevar demasiado lejos el campo de aplicación del derecho de autor en virtud del adagio inglés (discutible), según el cual «todo aquello que merece ser copiado merece ser protegidos». Consecuentemente, este criterio no tiene sentido porque se entiende bajo un sentido demasiado amplio, sin que importe mucho la definición propuesta.*

*He aquí la razón por la cual ciertos autores como Agnès Tricoire<sup>71</sup>, proponen definir la obra y no la originalidad. Según ella, el concepto de originalidad ha probado sus límites y su arbitrariedad y hoy en día el concepto de originalidad constituye «el hecho del principio» por ser*

de l'absence de copie, sauf à exiger un minimum de créativité. C'est précisément ce qu'impose l'arrêt Infopaq, l'originalité dans la définition très générale de la Cour de justice, qui s'applique à toutes les œuvres, n'est rien d'autre que l'activité créatrice dépouillée de toute connotation subjective.

Cependant, il est aussi possible de raisonner autrement en admettant que l'originalité s'entend, en droit d'auteur, d'une activité créatrice procédant de l'arbitraire du créateur. Cette notion d'arbitraire que mettent en avant de nombreux auteurs<sup>69</sup>, expliquerait l'essentiel des solutions jurisprudentielles.

Pour d'autres auteurs<sup>70</sup>, au contraire, le critère est «aussi obscur que vain». Les Professeurs Lucas font le même constat d'un critère d'originalité «vidé de sens» et «dépourvu de toute fonction discriminatoire autonome» qui serait la résultante, selon eux, d'une obsession de la rémunération de l'investissement qui a conduit à étendre trop loin le champ d'application du droit d'auteur, en vertu de l'adage anglais (contestable) selon lequel *«tout ce qui mérite d'être copié mérite d'être protégé»*. Ce critère serait donc vain parce que trop largement entendu, peu importe la définition proposée.

C'est pourquoi certains, dont Agnès Tricoire<sup>71</sup>, proposent non pas de redéfinir l'originalité, mais l'œuvre. Selon elle, le critère de l'originalité a montré ses limites et son arbitraire, et elle va même jusqu'à affirmer qu'aujourd'hui le critère de l'originalité est «le fait du prince» tant la

have tended in recent years to reject claims that would have succeeded earlier. As a result, individual authors and companies are faced with legal uncertainty which has serious economic consequences. For those who relied on literary and artistic property when they could have registered designs if positive law had so required, the situation is even catastrophic.

*tanta la tendencia de los jueces del conocimiento en estos últimos años en rechazar las causas que un tiempo antes habrían salido adelante. A partir de ahora, autores individuales y empresas sufren de una inseguridad jurídica de graves consecuencias a nivel económico : para aquellos que han contado con el derecho de autor, cuando hubieran podido depositar los dibujos y modelos si el derecho positivo se lo hubiera exigido, la situación es incluso catastrófica.*

To try and reconcile the law and practice, Agnès Tricoire thus proposes refocusing the definition of a work on the idea of the work. Concurring with Professor Gautier, she accepts that the idea's expression in a form is central to the work's protection. She then explains that the idea of the work is neither the naked idea nor the idea in the work but what the author expresses in and through the form, i.e. in the area of freedom that calls on his reason and sensitivity alike. Therefore, the idea of the work is not the free rein of the imagination but its organisation so that the work can translate it in its form. According to this view, the form is precisely the appearance, which we see neither more nor less than the idea (it is possible to say exactly how a sentence is constructed or how a story is strung together, but the form of a literary work is far more than that: style, composition, etc.). Hence, to describe the form is to describe the idea because the form is precisely the medium of the idea that it embodies. Therefore, the work's idea pre-exists "as an act" in the author's mind and it is the translation into an act, that creative act which the law finds so hard to grasp, that conception, which will give a work.

*Con el propósito de reconciliar ley y práctica, Agnès Tricoire propone pues recentrar la definición de la obra sobre la idea de la obra. De este modo, ella va en la misma dirección que el Profesor Gautier cuando sostiene que darle forma a la idea constituye el núcleo de la protección de la obra. Y, a continuación precisa, que la idea de la obra no es ni la idea denudada, ni la idea en la obra, sino es eso que el creador expresa en la forma y por la forma, es decir en ese espacio de libertad en el que recurre a su inteligencia y a su sensibilidad o sea, a las dos juntas. Por lo tanto, la idea de la obra no consiste en darle libre curso a la imaginación, consiste en organizarla para que la obra pueda, dentro de su forma, traducirla. La forma sólo sería la apariencia, lo que no vemos, ni más ni menos que la idea (podemos decir precisamente cómo está construida la frase o la manera cómo los hechos se encadenan en una historia, pero la forma de la obra literaria es mucho más que ésto: es estilo, es composición ...); de suerte que, describir la forma sería describir la idea puesto que la forma es, precisamente, el vehículo de la idea que ella encarna. Luego, la idea de la obra pre-existe «en acto» en la mente del creador y ese pasar al acto, es ese' acto*

lourde tendance des juges du fond ces dernières années, est de rejeter des causes qui auraient prospéré quelques temps auparavant. Désormais, auteurs individuels et entreprises subissent donc une insécurité juridique qui a de graves conséquences sur le plan économique : pour ceux qui ont compté sur le droit d'auteur alors qu'ils auraient pu, si le droit positif l'avait exigé, déposer des dessins et modèles, la situation est même catastrophique.

Pour tenter de réconcilier loi et pratique, Agnès Tricoire propose donc de recentrer la définition de l'œuvre sur l'idée de l'œuvre. Ainsi, elle rejoint le Professeur Gautier et retient que la mise en forme de l'idée est le cœur de la protection de l'œuvre. Elle précise ensuite que l'idée de l'œuvre n'est ni l'idée nue, ni l'idée dans l'œuvre mais, ce que l'auteur exprime dans et par la forme, c'est-à-dire dans cet espace de liberté qui fait appel à sa raison et sa sensibilité toutes ensemble. L'idée de l'œuvre n'est donc pas le libre cours de l'imagination, elle est son organisation pour que l'œuvre puisse, dans sa forme, la traduire. La forme ne serait rien d'autre que l'apparence, que nous ne voyons, pas plus, pas moins que l'idée (on peut dire précisément comment une phrase est construite ou comment un récit s'enchaîne mais la forme de l'œuvre littéraire est bien plus que cela : style, composition...); de sorte que, décrire la forme, serait décrire l'idée, parce que la forme est précisément le véhicule de l'idée qu'elle incarne. L'idée de l'œuvre préexiste donc

Pierre-Yves Gautier<sup>72</sup> also proposed redefining a work as “any innovative effort of the human mind leading to an intellectual production that may tend towards a practical purpose but must include a modicum of aesthetic effect, attaching it in some way to the category of the fine arts”. But such a definition would ultimately bring originality closer to novelty...

At the end of the day, if the concept of originality appears so elusive and so incapable of being defined today, it is perhaps because, as Elfriede Jelinek put it in *Lust* (1989), there can be no more originality today; everything has been said; all we can do is repeat and quote.

(English translation by  
Margaret PLATT-HOMMEL)

## NOTES

1. RIDA, no. 215, 1/2008, p. 266.
2. Cass., Plen. Ass., 7 March 1986, no. 83-104777.
3. CJEC, 16 July 2009, C-5/08, Infopaq.
4. BRUGUIERE, J.-M. and VIVANT, M., Droit d'auteur et droits voisins. Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 3<sup>rd</sup> ed., 2015, p. 262, § 260.
5. Paris, 10 April 1862, D. 1863.I.53.

*creador lo que tanto le cuesta aprehender al derecho de autor, es esa concepción de la cual brotará la obra.*

*Por su parte, Pierre-Yves Gautier<sup>72</sup>, también ha propuesto, redefinir la obra como «Todo esfuerzo de innovación del espíritu humano, que conduzca a una producción intelectual que pueda tender hacia un objetivo práctico, pero tiene que contener un mínimo de efecto estético que la vincule de cualquier modo al orden de las Bellas Artes». Luego, una definición de este porte equivale en definitiva a conjugar originalidad y novedad...*

*Por último, si es tan difícil hoy en día aprehender el concepto de originalidad, si es tan difícil definirlo, quizás sea porque, tal como lo ha descrito Elfriede Jelinek en Lust (1989) -hoy en día ya no puede haber originalidad, todo ha sido dicho, lo único que nos queda es repetir, citar, etc...»*

*Traducción española de  
Jeanne MARTÍNEZ-ARRETZ*

## NOTAS

1. RIDA, n°215, 1/2008, p.267.
2. Cas., As. plen., 7 de marzo de 1986, n°83-104777.
3. CJCE, 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq.
4. BRUGUIERE J-M et VIVANT M. *Droit d'auteur et droits voisins*. París, Dalloz, Précis Dalloz, 3a. ed., 2015, p. 262, §260.
5. París, 10 de abril de 1862, D. 1863.I.53.

«en acte» dans l'esprit de l'auteur et, c'est le passage à l'acte, cet acte créateur que le droit a tant de mal à appréhender, cette conception, qui va donner une œuvre.

Pierre-Yves Gautier<sup>72</sup> a proposé, lui aussi, de redéfinir l'œuvre comme «*Tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux Arts.*». Or, une telle définition revient en définitive à rapprocher l'originalité de la nouveauté...

Finalement, si la notion d'originalité aujourd'hui apparaît aussi insaisissable, aussi insusceptible de définition c'est peut être parce que comme Elfriede Jelinek l'a écrit dans *Lust* (1989) «*il ne peut plus y avoir aujourd'hui d'originalité, tout a été dit, nous ne pouvons que répéter, citer.*»

## NOTES

1. RIDA, n°215, 1/2008, p.267.

2. Cass., Ass. plén., 7 mars 1986, n°83-104777.

3. CJCE, 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq.

4. BRUGUIERE J-M et VIVANT M. Droit d'auteur et droits voisins. Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2015, p. 262, § 260.

5. Paris, 10 avril 1862, D.1863.I.53.

6. BRUGUIERE, J.-M. and VIVANT, M., Droit d'auteur et droits voisins. Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 3<sup>rd</sup> ed., 2015, p. 263, § 260.
7. Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).
8. DESBOIS, H., Le droit d'auteur en France, p. 5, § 3.
9. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 13/11/1973, appeal no. 71-14469.
10. FLEURY, T., Annales du parlement français: Vol. 1, Firmin Didot frères, pp. 145-146.
11. PFISTER, L., Histoire du droit d'auteur, JCL PLA, Fasc. 1110, no. 62.
12. CHAUDENSON, F., *A qui appartient l'œuvre d'art?*, Paris: Armand Colin, 2007, 310 pages.
13. ENTRALGO, F., "La notion d'auteur comme objet de l'art: Copie, plagiat et originalité", Article 2004.
14. POLLAUD-DULIAN, F., Propriété Intellectuelle, Le droit d'auteur, 2<sup>nd</sup> ed., p. 159.
15. Concerning a television programme, Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 2 March 1999, RIDA, no. 181, 3/1999, p. 308, or concerning the interior design of a town house, TGI Paris, 3<sup>rd</sup> Ch., 17 Dec. 2002: D. 2003, p. 2089, note B. Edelman.
16. GAUTIER, P.-Y., Propriété littéraire et artistique, Paris, PUF, 9<sup>th</sup> ed., 2015.
17. JCP G 1997, II, 22973, first case, note X. Daverat; D. 1998, p. 291, note F. Greffe; RTD com. 1999, p. 391, obs. A. Françon.
18. DESBOIS, H., Le droit d'auteur en France, p. 41.
19. "Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels", Infomatica e diritto, May-August 1984, p. 73.
20. Le droit de la propriété industrielle, Sirey, 1952, vol. II, p. 87.
21. BERNAULT, C., L'originalité dans les œuvres des arts appliqués, Comm. com. électr. 2010, study 18.
22. Soc., 13 Nov. 2008, no. 06-45491 (for another ruling along similar lines concerning a criminal law course: Cass. Crim., 18 Oct. 2011).
23. BERTRAND, A., Droit d'auteur, Dalloz: Action, 3<sup>rd</sup> ed., 2010, § 103.42, p. 127.
24. Ibid.
25. Ibid.
26. WALRAVENS, N., SCHMITT, J.-M., L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines, Editions Economica, collection Patrimoine, 2005, 522 pages.
6. BRUGUIERE J-M et VIVANT M. *Droit d'auteur et droits voisins*. Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 3a. ed., 2015, p. 263, §260.
7. *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).
8. DESBOIS H, *Le droit d'auteur en France*, p. 5 §3.
9. *Cas. Civ. 1<sup>a</sup>, 13/11/1973 recurso n<sup>o</sup>: 71-14469.*
10. FLEURY T, *Annales du parlement français: Volume 1, Firmin Didot frères*, pp. 145-146.
11. PFISTER L, *Histoire du droit d'auteur*; JCL PLA, *Fasc. 1110, n°62*.
12. CHAUDENSON F, *A qui appartient l'œuvre d'art?*, Paris: Armand Colin, 2007, 310 p.
13. ENTRALGO F, "La notion d'auteur comme objet de l'art: Copie, plagiat et originalité", Articulo 2004.
14. POLLAUD-DULIAN F, *Propriété Intellectuelle, Le droit d'auteur*, 2a. ed., p.159.
15. *A propósito de una emisión televisada*, Cas. Civ. 1<sup>a</sup>, 2 de marzo de 1999, RIDA 3/1999, p.309 o, concerniente a la arquitectura interior de un hotel particular, TGI París, 3<sup>a</sup> sala, 17 de diciembre de 2002: D.2003, p.2089, nota B. Edelman.
16. GAUTIER P-Y, *Propriété Littéraire et artistique*, Paris, PUF, 9a edición, 2015.
17. JCP G 1997, II, 22973, 1a. esp., nota X. Daverat; D.1998, p.291, nota F. Greffe; RTD com.1999, p.391, obs. A. Françon.
18. DESBOIS H, *Le droit d'auteur en France*, p.41.
19. Breves reflexiones sobre el derecho de autor suscitadas por el problema de la protección de logiciales: Infomatica e diritto, mayo-agosto 1984, p.73.
20. *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t.II, p.87.
21. BERNAULT C, *L'originalité dans les œuvres des arts appliqués*; Comm. com. électr. 2010, estudio 18.
22. Soc., 13 de nov. 2008, n°06-45491 (-otra sentencia que va en el mismo sentido respecto a un curso de derecho penal: Cas Crim, 18 de oct de 2011).
23. BERTRAND A, *Droit d'auteur*, Dalloz: Action, 3a. ed., 2010, §103.42, p.127.
24. Ibid.
25. Ibid.
26. WALRAVENS N, SCHMITT J-M, *L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Ediciones Economica, colección Patrimoine, 2005, 522 p.

## LE DÉVOIEMENT DE LA NOTION D'ORIGINALITÉ EN DROIT D'AUTEUR L'AVÈNEMENT D'UN FLOU ARTISTIQUE

---

6. BRUGUIERE J-M et VIVANT M. Droit d'auteur et droits voisins. Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 3e éd., 2015, p. 263, § 260.
7. Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).
8. DESBOIS H, Le droit d'auteur en France, p.5 § 3.
9. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13/11/1973 pourvoi n°71-14469.
10. FLEURY T, Annales du parlement français : Volume 1, Firmin Didot frères, pp.145-146.
11. PFISTER L, Histoire du droit d'auteur, JCL PLA, Fasc.1110, n°62.
12. CHAUDENSON F, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, Paris : Armand Colin, 2007, 310 p.
13. ENTRIALGO F, «La notion d'auteur comme objet de l'art : Copie, plagiat et originalité», Article 2004.
14. POLLAUD-DULIAN F, Propriété Intellectuelle, Le droit d'auteur, 2 éd., p.159.
15. À propos d'une émission télévisée, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1999, RIDA 3/1999, p.309 ou, concernant l'architecture intérieure d'un hôtel particulier, TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 17 décembre 2002 : D.2003, p.2089, note B.Edelman.
16. GAUTIER P-Y, Propriété Littéraire et artistique, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 2015.
17. JCP G 1997, II, 22973, 1<sup>re</sup> esp., note X. Daverat; D.1998, p.291, note F. Greffe; RTD com. 1999, p.391, obs. A. Françon.
18. DESBOIS H, Le droit d'auteur en France, p.41.
19. Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels : Infomatica et diritto, mai-août 1984, p.73
20. Le droit de la propriété industrielle, Sirey, 1952, t. II, p.87.
21. BERNAULT C, L'originalité dans les œuvres des arts appliqués; Comm. com. électr. 2010, étude 18.
22. Soc., 13 nov. 2008, n°06-45491 (*–autre arrêt allant dans ce sens au sujet d'un cours de droit pénal : Cass Crim, 18 oct 2011*).
23. BERTRAND A, Droit d'auteur, Dalloz : Action, 3<sup>e</sup> éd., 2010, § 103.42, p.127.
24. Ibid.
25. Ibid.
26. WALRAVENS N, SCHMITT J-M, L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines, Editions Economica, collection Patrimoine, 2005, 522 p.

27. CA, 4<sup>th</sup> Ch. A, 2 Nov. 1982, RIDA, no. 115, 1/1983, p. 148.
28. TGI Paris, 14 June 1983, Gazette du Palais 1983, 2, p. 468.
29. GAUTIER, P.-Y., Propriété littéraire et artistique, Paris, PUF, 9<sup>th</sup> ed., 2015, § 123.
30. Plen. Ass., 7 March 1986, appeal no. 83-10.477.
31. Plen. Ass., 7 March 1986, Jonquères report, Rev. dr. prop. ind., 1986, 3, 2032.
32. LUCAS, A., Le droit de l'informatique, PUF, 1987, p. 223.
33. BINCTIN, N., Droit de la Propriété Intellectuelle, LGDJ, 3<sup>rd</sup> ed., 2014, p. 61.
34. Cass. 1st Civ., 22 Sept. 2011, "Strato Ip", no. 10-23073, RTD com., 2011, p. 471.
35. CJEU, 1 March 2012, Football Dataco v. Yahoo!
36. Pseudo-Aristotle, Problems, Book XV.
37. Trib. com. (Commercial Court) Seine, 7 March 1861, Dalloz 1861. III. 32.
38. POLLAUD-DULIAN, F., Propriété Intellectuelle, Le droit d'auteur, 2<sup>nd</sup> ed., p. 221.
39. CARREAU, C., Mérite et droit d'auteur, LGDJ, 1981, no. 509 *et seq.*
40. GAUTIER, P.-Y., Précis, 8<sup>th</sup> ed., no. 115.
41. COLOMBET, C., Précis, 9<sup>th</sup> ed., no. 94.
42. BERTRAND, A., Droit d'auteur, Dalloz: Action, 3<sup>rd</sup> ed., 2010, § 103.17, p. 103.
43. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 13 Nov. 2008, no. 06-19.021.
44. WALRAVENS, N., "Le ready-made Fountain, œuvre de l'esprit?", RDLI 2007/27, p. 13.
45. CJEU, case C-403/08.
46. CJEU, Third Chamber, 1 Dec. 2011, case C-145/10.
47. CJEU, 1 March 2012, case C-604/10.
48. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10.
49. BENABOU, V.-L., "L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union", in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, Paris: LexisNexis, 2014, p. 24.
50. Ibid., p. 25.
51. Ibid., p. 26.
52. Ibid., p. 31.
53. Ibid., p. 32.
54. CA Paris, Pole 5, Ch. 2, 11 Oct. 2013 – no. 12/14103; CA Paris, Pole 5, Ch. 2, 6 Dec. 2013 – no. 13/04168.
27. CA 4<sup>a</sup>. sala A, 2, noviembre 1982, RIDA, n°115, 1/1983, p. 148.
28. TGI de París 14 de junio de 1983, Gaceta del Palacio 1983, 2, p.468.
29. GAUTIER P-Y, Propriété Littéraire et artistique, París, PUF, 9a. edición, 2015, § 123.
30. As. Plen. 7 de marzo de 1986, recurso número 83-10.477.
31. As. plen., 7 de marzo de 1986, Informe Jonquères, Rev. dr. prop. ind., 1986, 3, 2032.
32. LUCAS A, Le droit de l'informatique, PUF, 1987, p. 223.
33. BINCTIN N; Droit de la Propriété Intellectuelle, LGDJ, 3a. ed, 2014, p.61.
34. Cas. civ I. 22 de septiembre de 2011, "Strato Ip" n °10-23073, RTD com., 2011, p.471.
35. CJUE, 1 de Marzo de 2012, Football Dataco vs. Yahoo!
36. Pseudo-Aristóteles, Problemas, libro XV.
37. Trib. com. Seine, 7 de marzo de 1861, Dalloz 1861. III. 32.
38. POLLAUD-DULIAN F, Propriété Intellectuelle, Le droit d'auteur, 2a ed. ,p.221.
39. CARREAU C, Mérite et droit d'auteur, LGDJ, 1981, n°509 s.
40. GAUTIER P-Y, Précis, 8a. ed. n°115.
41. COLOMBET C, Précis, 9a ed., n°94.
42. BERTRAND A, Droit d'auteur, Dalloz: Action, 3a ed., 2010, §103.17, p.103.
43. Cas. Civ. I<sup>a</sup>, 13 de noviembre de 2008, 06-19.021.
44. WALRAVENS N, "Le ready-made Fountain, œuvre de l'esprit?", RDLI 2007/27, p. 13.
45. CJUE, C-403/08.
46. CJUE, 3<sup>a</sup> Sala, 1º de diciembre de 2011, C-145/10.
47. CJUE, 1º de marzo de 2012, C-604/10.
48. CJUE, 2 de mayo de 2012, C406-10.
49. BENABOU V-L, L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, París: LexisNexis, 2014, p.24.
50. Ibid., p.25.
51. Ibid., p.26.
52. Ibid., p.31.
53. Ibid., p.32.
54. París, Polo 5, Sala 2, 11 de octubre de 2013 – n° 12/14103 ; París, Polo 5, Sala 2, 6 de diciembre de 2013 – n° 13/04168.

---

**LE DÉVOIEMENT DE LA NOTION D'ORIGINALITÉ EN DROIT D'AUTEUR  
L'AVÈNEMENT D'UN FLOU ARTISTIQUE**

---

27. CA 4e ch. A, 2 novembre 1982, RIDA, n° 115, 1/1983, p. 148.
28. TGI de Paris 14 juin 1983, Gazette du Palais 1983, 2, p. 468.
29. GAUTIER P-Y, Propriété Littéraire et artistique, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 2015, § 123.
30. Ass. Plén. 7 mars 1986, pourvoi numéro 83-10.477.
31. Ass. plén., 7 mars 1986, rapport Jonquères, Rev. dr. prop. ind., 1986, 3, 2032.
32. LUCAS A, Le droit de l'informatique, PUF, 1987, p.223.
33. BINCTIN N; Droit de la Propriété Intellectuelle, LGDJ, 3<sup>e</sup> ed, 2014, p.61.
34. *Cass. civ I. 22 Septembre 2011, «Strato Ip» n°10-23073, RTD com., 2011, p.471.*
35. CJUE, 1<sup>er</sup> Mars 2012, Football Dataco vs. Yahoo!
36. Pseudo-Aristote, Problèmes, livre XV.
37. Trib. com. Seine, 7 mars 1861, Dalloz 1861. III. 32.
38. POLLAUD-DULIAN F, Propriété Intellectuelle, Le droit d'auteur, 2<sup>e</sup> éd., p.221.
39. CARREAU C, Mérite et droit d'auteur, LGDJ, 1981, n°509 s.
40. GAUTIER P-Y, Précis, 8<sup>e</sup> éd. n°115.
41. COLOMBET C, Précis, 9<sup>e</sup> éd., n°94.
42. BERTRAND A, Droit d'auteur, Dalloz : Action, 3<sup>e</sup> éd., 2010, § 103.17, p. 103.
43. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 2008, 06-19.021.
44. WALRAVENS N, «Le ready-made Fountain, œuvre de l'esprit?», RDLI 2007/27, p. 13.
45. CJUE, C-403/08.
46. CJUE, 3<sup>e</sup> Chambre, 1<sup>er</sup> décembre 2011, C-145/10.
47. CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2012, C-604/10.
48. CJUE, 2 mai 2012, C406-10.
49. BENABOU V-L, L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, Paris : LexisNexis, 2014, p.24.
50. Ibid., p. 25.
51. Ibid., p. 26.
52. Ibid., p. 31.
53. Ibid., p. 32.
54. Paris, Pôle 5, chambre 2, 11 Octobre 2013 – n°12/14103; Paris, Pôle 5, chambre 2, 6 Décembre 2013 – n° 13/04168.

55. See, to this effect, Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 25 Feb. 2016, appeal nos. 14-18.639, 14-29.142, 213; Cass. Com., 9 June 2015, appeal no. 14-15.379.
56. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 15 May 2015, appeal no. 13-27.391.
57. "Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit", Mél. Françon: Dalloz, 1995, p. 195.
58. BERNAULT, C., "La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle: le critère de la forme séparable de la fonction", D. 2003, p. 957.
59. LUCAS, A., LUCAS, H.-J., LUCAS-SCHLOETTER, A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris: LGDJ, LexisNexis, 4<sup>th</sup> ed. 2012, p. 133, no. 124.
60. LUCAS, A. and LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3<sup>rd</sup> ed., 2007, no. 97.
61. JCI PLA, Fasc. 1135, 23 March 2012.
62. BERGSON, H., *La Pensée et le mouvant (The Creative Mind)*, 1934.
63. BERGSON, H., *Le Rire (Laughter)*, 1901.
64. See, to this effect, "The Origin of the Work of Art" in *Off the Beaten Track*, 1949.
65. KANT, E., *Critique of Judgment*, 1790.
66. A notable example is Mozart who died while he was composing the Lacrymosa movement of his Requiem. It was completed a priori by some of his pupils (Franz Xaver Süßmayr, Franz Jacob Freystädler and Joseph Eybler).
67. See BAUD, D. & HELQUE, A., Proust, *Studyrama: Panorama auteur*, 2003, p. 106 *et seq.*
68. RD prop. ind. 1986, nos. 56 and 95, p. 213.
69. GAUDRAT, Ph., *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*: Mél. Françon, Dalloz, 1995, pp. 195-221; – C. Caron, No. 94 ("the decisive criterion for characterising originality lies in the author's original arbitrary choices"); – N. Binetin, No. 33; – P. Sirinelli, p. 16.
70. LALIGANT, O., *Réflexions sur les formes des œuvres de l'esprit*: Mél. Françon, Dalloz, 1995, no. 97.
71. "Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur", D. 2014, p. 2007.
72. Propriété littéraire et artistique, PUF, 5<sup>th</sup> ed., p. 70, no. 38.
55. Ver en este sentido, Cas. Civ. 1<sup>a</sup>, 25 de febrero de 2016 recurso n° 14-18.639, 14-29.142, 213; Cas. Com. 9 de junio de 2015 recurso n° 14-15.379.
56. Cas. Civ. 1<sup>a</sup>, 15 de mayo de 2015, recurso n° 13-27.391.
57. Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit, Mél. Françon: Dalloz, 1995, p. 195.
58. BERNAULT C. La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle: le critère de la forme séparable de la fonction, D. 2003, p. 957.
59. LUCAS A, LUCAS, H-J, LUCAS-SCHLOETTER A. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : LGDJ, LexisNexis, 4e éd. 2012, p. 133, punto 124.
60. LUCAS A et LUCAS H-J, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3<sup>a</sup> ed. 2007, n°97.
61. JCI PLA, Fasc. 1135, 23 de marzo de 2012.
62. BERGSON H, *La Pensée et le mouvant*, 1934.
63. BERGSON H, *Le Rire*, 1901.
64. En el mismo sentido ver «L'Origine de l'œuvre d'art» dans *Chemins qui ne mènent nulle part*, 1949.
65. KANT E, *Critique de la faculté de juger*, 1790.
66. Pensamos en particular en Mozart que murió cuando estaba componiendo la Lacrimosa de su Requiem. Algunos de sus alumnos concluyeron a priori la obra (Franz Xaver Süßmayr, Franz Jacob Freystädler et Joseph Eybler).
67. Ver BAUD D & HELQUE A, *Proust, Studyrama: Panorama auteur*, 2003 p. 106 et s.
68. RD prop. ind. 1986, n°56 y 95, p.213.
69. GAUDRAT Pb, *Réflexions sur les formes des œuvres de l'esprit*: Mél. Françon, Dalloz, 1995, p.195-221 – C. Caron, N°94 («Le critère décisif pour caractériser l'originalité réside dans les choix arbitraires originaux de l'auteur»). – N. Binetin, N°33. – P. Sirinelli, p.16.
70. LALIGANT O, *Réflexions sur les formes des œuvres de l'esprit*: Mél. Françon, Dalloz, 1995, n°97.
71. *Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur* D.2014, p.2007.
72. Propriété littéraire et artistique, PUF, 5a. edición, p. 70, n° 38.

---

## LE DÉVOIEMENT DE LA NOTION D'ORIGINALITÉ EN DROIT D'AUTEUR L'AVÈNEMENT D'UN FLOU ARTISTIQUE

---

55. Voir en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 2016 pourvoi n° 14-18.639, 14-29.142, 213; Cass. Com. 9 juin 2015 pourvoi n° 14-15.379.
56. Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 15 mai 2015, pourvoi n° 13-27.391.
57. Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit, Mél. Françon : Dalloz, 1995, p.195.
58. BERNAULT C, La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction, D. 2003, p.957.
59. LUCAS A, LUCAS, H-J, LUCAS-SCHLOETTER A. Traité de la propriété littéraire et artistique, Paris : LGDJ, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd. 2012, p. 133, point 124.
60. LUCAS A et LUCAS H-J, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2007, n°97.
61. JCI PLA, Fasc. 1135, 23 mars 2012.
62. BERGSON H, *La Pensée et le mouvant*, 1934.
63. BERGSON H, *Le Rire*, 1901.
64. Voir en ce sens «L'Origine de l'œuvre d'art» dans *Chemins qui ne mènent nulle part*, 1949.
65. KANT E, *Critique de la faculté de juger*, 1790.
66. Nous pensons notamment à Mozart qui décéda alors qu'il composait le Lacrimosa de son Requiem. Celui-ci fut achevé a priori par quelques-uns de ses élèves (Franz Xaver Süßmayr, Franz Jacob Freystädler et Joseph Eybler).
67. Voir BAUD D & HELQUE A, Proust, Studyrama : Panorama auteur, 2003 p. 106 et s.
68. RD propr. ind. 1986, n° 56 et 95, p.213.
69. GAUDRAT Ph, *Réflexions sur les formes des œuvres de l'esprit* : Mél. Françon, Dalloz, 1995, p.195-221 – C. Caron, N°94 («Le critère décisif pour caractériser l'originalité réside dans les choix arbitraires originaux de l'auteur»). – N. Binctin, N°33. – P. Sirinelli, p.16.
70. LALIGANT O, Réflexions sur les formes des œuvres de l'esprit : Mél. Françon, Dalloz, 1995, n°97.
71. «Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur» D.2014, p. 2007.
72. Propriété littéraire et artistique, PUF, 5<sup>e</sup> édition, p.70, n°38.