

Le plagiat au défi du droit

Arnaud Latil

DANS **REVUE DROIT & LITTÉRATURE** 2017/1 (N° 1), PAGES 61 À 79
ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 2552-8831

ISBN 9782275056050

DOI 10.3917/rdl.001.0061

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-droit-et-litterature-2017-1-page-61.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le plagiat au défi du droit

Arnaud LATIL

Maître de conférences

Université Paris-Sorbonne

*Membre du Cerdi (Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel,
Université Paris-Saclay)*

*« L'on peut dérober à la façon des abeilles sans faire
tort à personne ; mais le vol de la fourmi, qui enlève
le grain entier, ne doit jamais être imité ».*

F. de La Mothe Le Vayer

Le plagiat est un faux ami. Dans le langage courant, il est le plus souvent confondu avec la contrefaçon. Le plagiat serait à la littérature ce que la contrefaçon est au droit. Il y aurait une sorte d'équivalence notionnelle entre les deux. Cet entremêlement des approches littéraires et juridiques apparaît clairement à la lecture des définitions du plagiat. Le dictionnaire Larousse indique ainsi que le plagiat est l'« acte de quelqu'un qui, dans le domaine artistique ou littéraire, donne pour sien ce qu'il a pris à l'œuvre d'un autre ». Le *Vocabulaire Cornu* indique plus encore que le plagiat est l'« appropriation illicite de tout ou partie de l'œuvre d'autrui », ce qui constitue un « acte constitutif du délit de contrefaçon ». Le plagiat paraît donc recouvrir ce que les juristes nomment la contrefaçon. Si cela était véritablement le cas, il suffirait alors de renvoyer le lecteur vers un chapitre consacré à la contrefaçon dans un manuel de droit de la propriété intellectuelle. Mais la réalité est bien plus nuancée.

Avant le XVIII^e siècle, la pratique de l'imitation littéraire était très répandue¹. Les exemples de plagiat sont légions et bien connus : Sénèque, Shakespeare, Racine, Molière, Proust, etc. Tous les auteurs puisent chez les autres. Mais, à partir du XVIII^e siècle, sous l'influence du romantisme et de l'individualisme,

1. M. COUTON, I. FERNANDEZ, C. JÉRÉMIE et M. VENIAT (dir.), *Emprunt, plagiat, réécriture aux XV^e, XVI^e, XVII^e siècles. Pour un nouvel éclairage sur la pratique des Lettres à la Renaissance*, Presses universitaires Blaise Pascal, 2006 ; P. TOUBERT et P. MORET (dir.), *Remploi, citation, plagiat. Conduites et pratiques médiévales (X^e-XII^e siècle)*, Casa de Velazquez, 2009 ; H. MAUREL-INDART, *Du plagiat*, Folio, 2011, p. 19 et s.

l'auteur s'affirme comme une monade créatrice : il ne doit son travail qu'à lui-même et il doit en recueillir les fruits². À cette époque naît le droit d'auteur, fruit d'une conception personnaliste de la création intellectuelle, qui se manifeste par l'octroi d'un droit subjectif sur l'œuvre et par l'exigence d'originalité³. De pratique couramment admise, le plagiat devient une pratique socialement réprouvée. Le plagiat tend alors se confondre avec la contrefaçon qui en assure la sanction juridique. Morale littéraire et droit ne forment alors plus qu'un.

Deux domaines distincts. Mais des différences entre le plagiat et la contrefaçon apparaissent cependant rapidement. La lecture d'autres définitions du plagiat indique qu'il s'agit d'un comportement socialement réprouvé qui dépasse le domaine de la contrefaçon. Ainsi, la définition proposée en 1812 par Charles Nodier énonce que le plagiat est « l'action de tirer d'un auteur [...] le fond d'un ouvrage d'invention, le développement d'une notion nouvelle ou encore mal connue, le tour d'une ou de plusieurs pensées »⁴. De même, pour des auteurs contemporains aussi, le plagiat désigne « des pratiques consistant à utiliser des travaux ou les idées d'autres personnes sans leur accorder le crédit qui leur revient »⁵. Le juriste se trouve ici bien dérouté : le plagiat serait constitué par la reprise des travaux ou des *idées* d'autrui. Or, la formule est bien connue, le droit d'auteur ne protège pas les idées, qui sont de libre parcours. La contrefaçon ne pouvant sanctionner la reprise des idées d'autrui, il apparaît donc très vite que l'assimilation stricte entre plagiat et contrefaçon n'est pas exacte. Le plagiat est plus riche que la contrefaçon. De plus, la contrefaçon désigne tous types d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle, ce qui peut recouvrir le plagiat, mais le dépasse aussi. Plagiat et contrefaçon ne se recoupent donc qu'imparfaitement.

Élément matériel : copie, similitude, imitation, hommage, intertextualité. À la manière d'une auberge espagnole, on trouve dans le plagiat ce que chacun y apporte. Le plagiat recouvre ainsi une variété de pratiques plus ou moins bien identifiées. Si la copie servile (le copier-coller) est la forme la plus évidente de plagiat, il en existe d'autres formes, plus nébuleuses. L'existence de similitudes, plus ou moins volontaires, entre deux textes, l'allusion, l'imitation, le démarquage ou encore l'hommage constituent aussi des pratiques littéraires à la limite du plagiat. Le prisme de l'intertextualité contribue

2. Sur l'origine de l'originalité : L. PFISTER, « L'œuvre, une forme originale. Naissance d'une définition juridique (XVII^e-XIX^e siècles) », in H. MAUREL-INDART (dir.), *Le plagiat littéraire*, Publication de l'université François Rabelais, 2002, p. 245.

3. H. MAUREL-INDART, *Du plagiat*, op. cit., p. 31 ; R. MCGINNIS (ed.), *Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightenment*, Routledge, 2009.

4. Ch. NODIER, *Question de littérature légale. Du plagiat, De la supposition d'auteurs, Des supercheries qui ont rapport aux livres*, 1812, rééd., Rivage Poche, 2011, p. 65.

5. B. SIMONNOT, « Le plagiat universitaire, seulement une question d'éthique ? », *Questions de communication*, en ligne, 26/2014, mis en ligne le 31 décembre 2014, consulté le 4 juillet 2016 [<http://questionsdecommunication.revues.org/9304>].

encore à épaissir le mystère qui entoure le plagiat : à considérer que tout texte emprunte à d'autres, le plagiat serait partout. Chacun connaît le bon mot de Giraudoux : « Le plagiat est la base de toutes les littératures, excepté de la première, qui d'ailleurs est inconnue »⁶. Le terme de plagiat est encore employé pour désigner d'autres hypothèses de reprise du travail d'autrui, comme par exemple le « plagiat psychique », accusation lancée par Camille Laurence à l'encontre de Marie Darrieussecq, ou encore, le « plagiat par anticipation », selon la formulation humoristique proposée par Pierre Bayard, ou même le paradoxal « plagiat de soi-même »⁷. Le plagiat se conjugue donc au pluriel.

Élément moral : la volonté de se faire passer pour l'auteur. La définition du plagiat proposée par le juriste américain Richard Posner insiste quant à elle sur l'intention frauduleuse du plagiaire. Selon lui, le plagiat est une « fraude intellectuelle » qui consiste « à se faire passer pour l'auteur aux yeux du public »⁸. On rappellera à cet effet l'étymologie grecque du mot : *plagios*, qui signifie « oblique », « rusé ». Dès lors, en plus d'un élément matériel constitué par une reprise du travail d'autrui, le plagiat se caractérise aussi par la volonté de tromper le public en se faisant passer pour l'auteur. Plagier, c'est donc vouloir associer son nom au travail d'un autre.

D'un fait social à un fait juridique. De manière synthétique, associant ces éléments matériels et moraux, le plagiat s'apparente à **la reprise de tout ou partie d'un travail intellectuel avec la volonté de se faire passer pour l'auteur**. Le plagiat est donc d'abord un fait social, une pratique intellectuelle déloyale, et non un fait juridique. Mais, pour autant, le droit n'ignore pas le plagiat. Comment est-il juridiquement appréhendé ?

Les effets juridiques du plagiat. D'abord, la notion de plagiat est peu employée par les juristes. Le terme serait néanmoins un « mot en vogue »⁹. On trouve pourtant bien peu de références au terme plagiat dans la littérature juridique. Une recherche sur doctrine.fr produit 163 résultats, dont 36 seulement parmi les arrêts de la Cour de cassation¹⁰. Pourtant, la question de la détermination des sanctions juridiques du plagiat est aujourd'hui un enjeu important pour nos sociétés. En effet, les moyens techniques permettant la copie se sont multipliés, facilitant la pratique du plagiat. De même, le plagiat est devenu un thème central dans le domaine des études supérieures et de la recherche, particulièrement en matière de recherche doctorale. Chacun se souvient qu'en Allemagne deux

6. Siegfried, acte I, scène 2.

7. M. GAGNEBIN, « Samuel Beckett et le “plagiat de soi-même” », in M. GAGNEBIN, *En deçà de la sublimation. L'Ego alter*, PUF, 2011.

8. A. POSNER, *The Little Book of Plagiarism*, Pantheon Book, 2007, p. 106 ; Sur cette question : L. Marino, « Le plagiat, une notion en vogue », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 587.

9. L. MARINO, *op. cit.*

10. Comme son nom ne l'indique pas, le site doctrine.fr n'est pas un moteur de recherche portant sur des écrits doctrinaux, mais sur des sources internationales, constitutionnelles, législatives, réglementaires et jurisprudentielles.

ministres ont été poussés à la démission et déchus de leur titre de docteur (tant prisé outre-Rhin) pour avoir plagié des écrits universitaires dans leurs propres travaux de thèses¹¹. Plus généralement encore, les nouvelles formes de création intellectuelle, dans le domaine littéraire ou ailleurs, se font volontiers collectives et collaboratives, comme les *remix*, *mash-up*, *fanfictions user* ou encore les contenus créés par les utilisateurs. La reprise du travail d'autrui est ainsi érigée en pratique sociale revendiquée. Enfin, les idées sont devenues des valeurs économiques importantes. Un thème d'écriture, les résultats d'une recherche ou encore une idée de scénario sont des valeurs dont la protection juridique est recherchée.

Mais si le thème du plagiat occupe le devant de la scène intellectuelle et médiatique, le droit en offre encore une approche incomplète. Il n'est pas une notion juridique et le système juridique l'appréhende de manière parcellaire et morcelée. Le plagiat met ainsi le droit au défi de sa propre cohérence. En effet, le plagiat est en principe sanctionné (I). Néanmoins, le phénomène du plagiat est varié et certaines pratiques de plagiat se jouent des interdictions : le droit constituant aussi un outil de liberté, le plagiat est ainsi parfois autorisé (II).

I. Le plagiat interdit

Plusieurs fondements juridiques sont susceptibles d'appréhender le phénomène du plagiat. Il s'agit d'abord de la contrefaçon (A), qui représente le terrain naturel de sa sanction. Il s'agit ensuite du droit de la responsabilité civile, potentiellement tentaculaire (B), puis de la responsabilité pénale, peu opportune (C). Enfin, la responsabilité disciplinaire peut offrir des sanctions adaptées au plagiat (D).

A. La contrefaçon

Une manifestation de la contrefaçon. La contrefaçon représente le principal fondement permettant de sanctionner le plagiat. Plagiat et contrefaçon sont même souvent assimilés, le plagiat étant considéré comme une forme particulière de contrefaçon¹². Le terme de plagiat se trouve ainsi parfois utilisé par la Cour de cassation comme synonyme de la contrefaçon¹³.

11. Th. HOCHMANN, « Dénonciation, déni et dénigrement : les procédures allemandes d'auto-contrôle de la recherche face au plagiat », *RIDC* 2012/2, p. 551.

12. B. NAWROCKI, *Le plagiat et le droit d'auteur*, Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, 1964, p. 9.

13. Cass. crim., 12 février 1969, n° 67-90895, Cass. soc., 6 juillet 1994, n° 92-4595, Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n° 99-17190 ; Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1966, Bull. n° 557.

À cet égard, le professeur Laure Marino indique que « le plagiat est l'appropriation abusive de paternité entre pairs (non pas l'appropriation de l'œuvre, mais l'appropriation de la paternité de l'œuvre), sanctionnable au titre du droit d'auteur »¹⁴. Il existe en effet un lien presque naturel entre le plagiat et la contrefaçon.

Cependant, la contrefaçon est aussi une notion beaucoup plus large que le plagiat. En effet, l'article L. 335-2 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit ». La contrefaçon représente de la sorte un manquement à toute règle relative au droit d'auteur. Partant, la contrefaçon est une expression qui désigne un vaste champ d'activités illicites, comme par exemple le dépassement d'une autorisation dans le cadre d'une cession de droit, l'atteinte aux droits moraux ou le téléchargement sans autorisation. Dès lors, le plagiat, considéré comme la reprise d'éléments formels d'une œuvre, apparaît comme une espèce particulière de contrefaçon.

Œuvre originale, exceptions et ressemblances. Pour que le plagiat soit sanctionné sur le terrain de la contrefaçon, il doit remplir plusieurs conditions. Ainsi, il est d'abord nécessaire que la création intellectuelle plagiée soit originale au sens du droit d'auteur, c'est-à-dire qu'elle résulte d'un effort personnel de l'auteur. Il faut ensuite qu'aucune exception au sens de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ne soit applicable. Ainsi, par exemple, la copie de l'œuvre d'autrui est licite lorsqu'elle est justifiée par l'exception de courte citation ou de pastiche. Une fois l'œuvre qualifiée d'originale, et sans qu'aucune exception ne soit applicable, le juge procédera à l'examen des ressemblances entre l'œuvre contrefaite et l'œuvre contrefaisante. Cette étape constitue le « cœur » des procès de contrefaçon d'œuvres littéraires. Elle consiste concrètement à dresser un tableau comparatif des œuvres en distinguant les reprises à l'identique, les imitations, les ressemblances du plan et de l'agencement des idées, etc.

Formes, idées et choix. La contrefaçon permet ainsi de sanctionner la reprise non autorisée des formes de l'œuvre d'autrui. Elle ne saurait cependant permettre la protection des idées. Néanmoins, cette affirmation doit être relativisée. En effet, la contrefaçon permet la sanction de la reprise de l'agencement des idées réalisée par un auteur. Ainsi, par exemple, la reprise du déroulement d'une intrigue ou du développement d'une démonstration scientifique est susceptible d'être sanctionnée par la contrefaçon. Un exemple de contrefaçon d'ouvrage universitaire montre comment l'idée de rapprocher

14. L. MARINO, *op. cit.*

deux données peut donner prise à la contrefaçon : le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 14 mars 2014, a retenu que « même si les formulations ne sont pas parfaitement identiques, il y a à l'évidence l'emprunt par la défenderesse d'un agencement de données réunissant la même citation de Gide pour évoquer et comparer son voyage en URSS avec celui effectué deux ans plus tôt par Armand Robin »¹⁵. La faute sanctionnée porte donc, parmi d'autres reprises, sur le fait d'avoir rapproché une citation de Gide avec un élément de biographie du poète Armand Robin. Ensuite, la protection des idées par le droit de la propriété intellectuelle affleure également en matière de choix esthétiques. Ainsi, par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation, à l'occasion du fameux arrêt *Nouvelle Eve* du 13 novembre 2008, énonce que la réalisation artistique en cause « implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur »¹⁶. Le plagiat des idées est donc sanctionné par le biais de la contrefaçon lorsque les choix sont originaux.

Volonté de se faire passer pour l'auteur : l'atteinte au droit de paternité. La plupart des définitions du plagiat insistent sur l'idée que l'objectif généralement partagé par les plagiaires est de se faire passer pour l'auteur aux yeux du public. Dès lors, l'atteinte au droit de paternité, prérogative du droit moral de l'auteur reconnu par l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, serait une conséquence naturelle du plagiat¹⁷. Mais peut-on imaginer un cas de plagiat où le nom de l'auteur serait cité ? Cela semble impossible. En effet, la volonté de se faire passer pour l'auteur de l'œuvre est un élément substantiel du plagiat. Ainsi, par exemple, la reproduction de larges extraits d'une œuvre où le nom de l'auteur serait cité ne serait pas du plagiat. Mais il s'agirait bien de contrefaçon en tant qu'atteinte au droit de reproduction de l'auteur. Partant, si l'atteinte au droit de paternité est consubstantielle au plagiat, le domaine de la contrefaçon est bien plus large.

B. La responsabilité civile

Concurrence déloyale et parasitisme. Si la contrefaçon apparaît comme le terrain évident de la protection contre le plagiat, le droit de la responsabilité civile, à travers le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme, constitue un autre moyen de le sanctionner. Cette branche du droit est même suffisamment large pour accueillir la sanction de la reprise du travail formel d'autrui, mais aussi de la reprise des idées d'autrui¹⁸. En effet, le droit

15. TGI Paris, 3^e chambre, 2^e section, 14 mars 2014, n° RG12/01284.

16. Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 06-19021.

17. Le lien entre plagiat et droit de paternité est développé par L. Marino, *op. cit.*, p. 590.

18. B. NAWROCKI, *op. cit.*, p. 28 ; A. ZOLLINGER, « Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme », *Légipresse* 2015, n° 328, p. 356 ; M. POUMARÈDE, « La sanction du "pillage" des travaux universitaires par l'action en contrefaçon et la théorie du parasitisme », *LPA*, 28 octobre 2005, n° 215, p. 14.

de la responsabilité civile permet la sanction de la reprise de la forme du travail d'autrui ne faisant pas l'objet d'une protection sur le terrain du droit d'auteur. Ainsi, par exemple, la copie d'une œuvre du domaine public ou d'une œuvre non originale peut parfaitement être sanctionnée sur ce terrain. De même, la responsabilité civile offre une réparation à la personne dont les idées ont été usurpées. Ainsi, un auteur de roman a pu choisir d'agir sur ce terrain plutôt que sur celui du droit d'auteur car il reprochait au défendeur d'avoir repris des idées qu'il estimait caractéristiques de son œuvre¹⁹.

Faute et intention. Suivant les conditions du droit de la responsabilité civile, il convient d'abord de démontrer la faute du plagiaire. La faute consistera le plus souvent en une copie formelle servile, en un démarquage (essayer de masquer l'emprunt) ou en une reprise d'un ensemble d'idées agencées. L'intention de l'auteur de cette faute est indifférente. C'est ici une première distinction avec la catégorie littéraire du plagiat : l'intention du plagiaire est indifférente puisque les fautes d'imprudence et de négligence sont sanctionnées. Or, la conception littéraire du plagiat fait de la volonté de faire passer le travail d'un autre pour le sien comme un élément caractéristique. À cet égard, M^{me} Maurel-Indart indique que « le but du plagiaire est de se valoriser lui-même en s'appropriant l'œuvre d'un autre »²⁰. Dès lors, le « portrait psychologique », c'est-à-dire les motivations du plagiaire²¹, apparaît largement indifférent aux juristes.

Préjudices et lien de causalité. Le succès de l'action en responsabilité civile impose ensuite de démontrer l'existence d'un préjudice subi par l'auteur copié. Il peut s'agir en premier lieu d'un préjudice patrimonial de perte de revenu liée à l'exploitation du plagiat (pertes éprouvées et manque à gagner). Puisque l'objectif visé par le plagiaire est de tirer profit du travail d'autrui, l'évaluation du préjudice causé devrait tenir compte des économies réalisées. À cet égard, les économies d'investissement matériel, humain et financier devraient être prise en compte, à l'instar du calcul des dommages et intérêts en matière de contrefaçon²². La détermination du lien de causalité entre la faute et le préjudice patrimonial s'inscrit ensuite dans une conception concurrentielle du plagiat. Des juges du fond ont ainsi pu rechercher l'existence d'une « concurrence » entre les auteurs en vue de caractériser le lien de causalité²³. Il peut s'agir en second lieu d'un préjudice moral causé à la personne dont le travail est copié. Ainsi, la cour d'appel de Douai a par exemple retenu que le plagiat

19. TGI, Lille, 1^{re} ch., 12 février 2015, *M-F. Péteuil c/ N. d'Estienne d'Orves*, note A. Zollinger, « Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme », *Légipresse*, juin 2015, n° 328, p. 356.

20. H. MAUREL-INDART, « Le plagiat littéraire : une contradiction en soi ? », *L'information littéraire* 2008/3 (vol. 60), p. 55-61.

21. H. MAUREL-INDART, *Petite enquête sur le plagiaire sans scrupule*, Éd. Léo Scheer, 2013, p. 13 et s. ; M. SCHNEIDER, *Voleurs de mot. Essai sur le plagiat, la psychanalyse et la pensée*, Gallimard, 1985.

22. A. LATIL, « Les économies d'investissement du contrefacteur », CCE 2015, ét. 6.

23. TGI Paris, 14 mars 2014, N°RG : 12/01284.

d'une thèse constitue une faute civile en raison de l'atteinte au « respect dû à la personne de l'auteur » justifiant l'octroi de 1 000 euros de dommages et intérêt au titre du préjudice moral distinct de la contrefaçon²⁴.

Fonctions de la responsabilité civile. Néanmoins, le terrain du droit de la responsabilité civile est-il un lieu approprié pour sanctionner le plagiat ? D'un côté, le droit de la responsabilité est peu incitatif, car le montant des dommages et intérêts est relativement faible en la matière. En effet, la fonction essentielle de la responsabilité civile est de réparer un dommage. Or, le dommage subi par l'auteur plagié n'est pas nécessairement très important. Le principe de la réparation intégrale du dommage interdit d'user du droit de la responsabilité civile pour punir l'auteur du préjudice. Mais, d'un autre côté, la fonction de cessation de l'illicite poursuivie par le droit de la responsabilité civile est bien adapté au contentieux du plagiat. Le juge peut ainsi prescrire toutes mesures permettant de prévenir ou faire cesser le trouble. Ainsi, les sanctions de retrait des circuits commerciaux de l'ouvrage litigieux ou de l'insertion d'un encart dans le travail du plagiaire sont des mesures bien adaptées au plagiat.

Limites de la liberté d'expression et article 1382 du Code civil. Cependant, le droit de la responsabilité civile est-il une limite valable au droit à la liberté d'expression ? La question est d'une redoutable difficulté car la Cour de cassation poursuit une position rigoureuse en la matière : elle retient que, « hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »²⁵. Dès lors, il faudrait logiquement considérer que la sanction du plagiat à travers le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme (donc de l'article 1382) se heurte à la jurisprudence de la Cour de cassation, dans la mesure où l'interdiction du plagiat constitue une limite à la liberté d'expression du plagiaire. À suivre ce raisonnement, la sanction du plagiat sur le terrain de la responsabilité civile devrait logiquement être écartée. Mais est-ce seulement souhaitable ? Il ne le semble pas car le plagiat est un comportement socialement réprouvé, qui manifeste le plus souvent une mauvaise foi de la part de son auteur. Le plagiat constitue en ce sens ce que nous avons dénommé une « faute d'expression », et devrait être sanctionné sur le terrain de l'article 1382 du Code civil²⁶.

Responsabilité contractuelle. Enfin, la protection contre la reprise des formes non protégées par le droit d'auteur ou d'idées peut emprunter la voie contractuelle. En effet, les clauses de confidentialité constituent un moyen de se prémunir contre le plagiat. Leur usage est fréquent en matière de recherche

24. CA Douai, ch. 1, sect. 3, 3 juillet 2012, n° 11/03647, *Com. comm. élec.* 2012, comm. 121, note Ch. Caron.

25. Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 2014, n° 13-16730, *RTD civ.* 2015, p. 142, note. P. Jourdain, *D.* 2015, p. 342, note E. Dreyer.

26. A. LATIL, « Les fautes d'expression », *Légipresse* juillet/aout 2014, p. 409.

scientifique ou de recherche-développement. De même, la conclusion « d'engagement de non-plagiat » par les étudiants ou les chercheurs, sous la forme d'engagement unilatérale de volonté, constitue un moyen de sanctionner le plagiat. La responsabilité contractuelle apparaît ainsi comme un outil souple permettant de protéger une création intellectuelle contre le plagiat. Il convient cependant de bien rédiger ces conventions, en particulier en proposant une définition du plagiat. Ainsi, par exemple, « l'engagement de non plagiat » proposé par l'Université d'Angers²⁷ indique que l'étudiant déclare être pleinement conscient que le plagiat constitue « une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée », et qu'en conséquence il s'engage à citer ses sources. Le domaine du plagiat est alors particulièrement vaste, recouvrant tant la contrefaçon que la « fraude caractérisée », dont la définition demeure assez floue.

C. La responsabilité pénale

Pas de délit de plagiat. À la suite de la responsabilité civile, la responsabilité pénale du plagiaire peut être envisagée. Cependant, il n'existe aucune réponse pénale propre au plagiat²⁸. On ne s'en étonnera pas car le plagiat n'est pas une notion juridique. Le sanctionner pénalement pour lui-même impliquerait d'ailleurs d'en proposer une définition, ce qui risquerait de figer une pratique dont les contours demeurent flous. Toutefois, le plagiat fait déjà l'objet d'une sanction pénale à travers le délit de contrefaçon, qui est puni par l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Mais la voie pénale est peu pratiquée en matière de contrefaçon. D'une manière générale, les sanctions pénales sont lourdes et peu adaptées aux fautes commises par des étudiants, des universitaires ou des écrivains²⁹. Il ne semble donc pas opportun d'imaginer de créer un délit spécial de plagiat³⁰.

Vol et abus de confiance. En plus du délit de contrefaçon, existe-t-il d'autres moyens de sanctionner pénalement le plagiat ? Au prix d'un certain contorsionnisme, deux infractions sont susceptibles de punir le plagiat : le vol et l'abus de confiance³¹. Si en principe ces deux infractions portent sur des choses matérielles, la jurisprudence récente tend à les appliquer aux choses

27. Disponible sur le site www.univ-angers.fr

28. Sur la réponse pénale face au plagiat : E. DREYER, « Les hésitations du droit pénal à l'égard du plagiat », in J. GUGLIEMI et G. KOUBI, *Le plagiat dans la recherche scientifique*, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 189.

29. Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-84034, *Com. comm. élect.* 2010, comm. 95, note Ch. Caron : condamnation à deux ans d'emprisonnement avec sursis en matière de contrefaçon de thèse (140 pages de thèse de doctorat et 34 pages de mémoire de DEA).

30. *Contra* à propos de l'opportunité du droit pénal : Ch. CARON, « À propos de la contrefaçon d'une thèse de... droit d'auteur ! », *Com. comm. élec.* 2012, comm. 121.

31. E. DREYER, « Les hésitations du droit pénal à l'égard du plagiat », *op. cit.*

immatérielles. Ainsi, le vol est défini à l'article 311-1 du Code pénal comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Bien que le code ne le précise pas, le législateur a entendu viser les choses matérielles. Néanmoins, la Cour de cassation a pu admettre le vol de données par téléchargement³². En l'espèce, il s'agissait du téléchargement de fichiers présents sur le site de l'ANSES et rendus disponibles par l'effet d'une défaillance du système informatique. À la lumière de cette jurisprudence, peut-on dès lors qualifier le plagiat de vol d'informations ? Cela serait éventuellement envisageable, mais au terme d'une « défiguration » du vol³³. En effet, le téléchargement de données numériques issues de la recherche (résultats de sondage, études empiriques, données statistiques, etc.) pourrait bien entrer le champ de l'infraction. Néanmoins, ce ne serait pas véritablement du plagiat (le fait de diffuser à son compte le travail d'autrui en se faisant passer pour l'auteur) qui serait sanctionné, mais seulement les actes préparatoires au plagiat, à savoir la subtilisation des données. Trop artificielle et ne traduisant que très imparfaitement le comportement du plagiaire, la qualification de vol est inopportune.

L'autre infraction envisageable pour sanctionner le plagiat est le délit d'abus de confiance, réprimé par l'article 314-1 du Code pénal. Il s'agit du fait de « détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Comme pour le vol, la difficulté d'application de l'abus de confiance au plagiat résulte de l'immatérialité de la chose détournée. Pourtant, à l'instar du vol, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a qualifié d'abus de confiance le détournement de « travail » par un salarié au préjudice de son employeur en ce que « le prévenu a, en connaissance de cause, détourné en les dupliquant, pour son usage personnel, au préjudice de son employeur, des fichiers informatiques contenant des informations confidentielles et mis à sa disposition pour un usage professionnel »³⁴. Dès lors, l'abus de confiance pourrait venir sanctionner le plagiat. En effet, les conditions de « détournement », « d'usage personnel » et « du préjudice causé » à l'auteur sont susceptibles d'être caractérisés en matière de plagiat. Néanmoins, comme pour le vol, la chose immatérielle visée par l'abus de confiance s'entend difficilement d'une idée ou d'une forme. Ces jurisprudences portent sur des fichiers informatiques, en ce qu'ils sont des biens objets de propriété. Or, les idées, même de grande valeur, ne doivent pas être appropriables. Quant aux formes, il n'est pas opportun de les qualifier de biens objets de propriété dans la mesure où ces infractions de vol et d'abus de confiance viendraient concurrencer le délit de contrefaçon.

32. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81336, D. 2015, p. 1466, note L. Saenko ; *Prop. intell.* janv. 2016, n° 58, p. 97, note. M. Vivant.

33. L. SAENKO, *op. cit.*

34. Cass. crim., 22 octobre 2014, n° 13-82630, GP 2015, n° 8, note J.-M. Garinot.

D. La responsabilité disciplinaire

Éthique et déontologie. Si la responsabilité pénale semble peu adaptée, la responsabilité disciplinaire s'avère, elle, bien mieux appropriée³⁵. Elle présente en effet plusieurs avantages. D'abord, en tant que sanction de la méconnaissance des usages professionnels, le droit disciplinaire permet une prise en compte pragmatique du plagiat, dénuée de tout dogmatisme. Le plagiat prenant des formes différentes suivant son contexte (recherche universitaire, littérature, journalisme, etc.), le droit disciplinaire permet d'en épouser au plus près les usages. Ainsi, par exemple, la sanction du plagiat universitaire par une commission de déontologie d'Université devrait permettre de mieux tenir compte des usages universitaires, moins bien connus des magistrats des ordres judiciaire et administratif. Ensuite, deuxième avantage, les sanctions prononcées par des organes disciplinaires sont par nature très dissuasives : l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, l'interdiction de se présenter à un examen ou le retrait d'un diplôme³⁶ sont des sanctions redoutées par les plagiaires, car il s'agit précisément de retirer l'avantage escompté par la fraude. La réprobation d'un comportement de ses pairs constitue donc un outil approprié à la sanction du plagiat.

Charte « anti-plagiat ». À cet égard, le plagiat est sanctionné par un certain nombre de codes de déontologie ou d'éthique. La charte d'éthique professionnelle des journalistes, adoptée par le Syndicat national des journalistes, prévoit en ce sens que « le journaliste cite les confrères dont il utilise le travail, et ne commet aucun plagiat ». Dans le monde universitaire aussi les chartes anti-plagiat se multiplient. La Charte européenne de la recherche indique que les chercheurs « évitent tout type de plagiat ». Les cas de plagiat par des étudiants sont examinés par la commission disciplinaire des universités et, à charge d'appel, par le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER)³⁷. Mais il faut relever ici que le plagiat n'est nulle part défini. Il est néanmoins considéré comme une « fraude » au sens de l'article 2-2° du décret n° 92-657 du 13 juillet 1992, car il « a pour conséquence de tromper l'évaluateur sur les compétences effectives de l'auteur du devoir »³⁸. En outre, la lecture des délibérations du CNESER apprend que le plagiat désigne surtout le « copier-coller » quantifiable en termes de pourcentage (à la manière

35. Le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction disciplinaire est possible (Cass. 1^{re} civ., 9 avril 2105, n° 14-50012, D. 2015, p. 1187, avis J.-P. Sudre, D. 2015, p. 1192, note O. Décima).

36. CE, 17 juillet 2013, *JCP G* 2013, p. 1527, note M. Touzel-Divina ; Th. HOCHMANN, « Dénonciation, déni et dénigrement : les procédures allemandes d'auto-contrôle de la recherche face au plagiat », *RIDC* 2012/2, p. 551.

37. Voir les critiques de M. Touzel-Divina sur la procédure disciplinaire dans les universités, jugée peu compatible avec les exigences du droit à un procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme.

38. CNESER, décision du 18 février 2014, *Bulletin officiel de l'éducation nationale*, n° 30 du 24 juillet 2014.

de ce que permettent les logiciels anti-plagiat³⁹. Les sanctions disciplinaires du plagiat seraient cependant trop rares et relativement clémentes selon un observateur attentif⁴⁰.

Certaines universités proposent cependant une définition du plagiat. C'est le cas par exemple de l'Université Toulouse 2, qui indique sur son site que le plagiat, c'est « s'approprier le travail créatif de quelqu'un d'autre et le présenter comme sien ; s'accaparer des extraits de texte, des images, des données, etc. provenant de sources externes et les intégrer à son propre travail sans en mentionner la provenance ; résumer l'idée originale d'un auteur en l'exprimant dans ses propres mots, mais en omettant d'en mentionner la source. Plagier est non seulement un acte malhonnête, mais aussi une infraction qui peut entraîner des sanctions ». La conception retenue du plagiat est donc très vaste, bien au-delà de la contrefaçon au sens du Code de la propriété intellectuelle.

Licenciement. Autre manifestation sur le terrain déontologique, le plagiat peut éventuellement conduire au licenciement du salarié-plagiaire⁴¹. Le plagiat est ici considéré comme une faute dont l'appréciation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, bien qu'ayant rejeté un pourvoi formé contre un arrêt ayant refusé de retenir le plagiat en tant que faute grave justifiant un licenciement, offre un exemple de la tentative de qualifier le plagiat de faute professionnelle. En effet, la Haute juridiction approuve une cour d'appel, qui a relevé que le plagiat n'avait pas été réalisé ni utilisé à l'insu de l'employeur, et donc que les faits de plagiat invoqués dans la lettre de licenciement ne constituaient pas une faute grave⁴². Le plagiat peut donc constituer une faute grave du travailleur lorsqu'il est réalisé ou utilisé contre l'employeur.

En résumé, le plagiat est essentiellement interdit sur les fondements du droit de la propriété intellectuelle et du droit disciplinaire. Les deux autres fondements examinés, le droit de la responsabilité civile et le droit pénal, n'offrant qu'une protection accessoire. Néanmoins, un vent de liberté souffle aussi en la matière. Le plagiaire n'est pas toujours le faussaire que l'on croit. Le plagiat est ainsi parfois toléré.

39. CNESER, décision du 3 juin 2008, *Bulletin officiel de l'éducation nationale*, n° 5 du 5 février 2009. Une étude intéressante serait susceptible d'être menée sur la conception des algorithmes des logiciels anti-plagiat afin de savoir si les cas de plagiat relevés correspondent à des fautes au sens juridique.

40. M. Touzel-Divina, note sous CE, 17 juillet 2013, *JCPG* 2013, p. 1527 ; ce sens : M. TOUZEL-DIVINA, « La répression disciplinaire du plagiat », in J. GUGLIEMI et G. KOUBI, *Le plagiat dans la recherche scientifique*, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 163 ; J. MOREL-BAILLY, « Plagiat et déontologie académique », in J. GUGLIEMI et G. KOUBI, *Le plagiat dans la recherche scientifique*, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 21.

41. Add. CA Poitiers, 2 juillet 2014, n° 13/00718, *RLDI* 2014, n° 107.

42. Cass. soc., 6 juillet 1994, n° 92-45096.

II. Le plagiat autorisé

Tolérance sociale. Loin d'être systématiquement interdit, le plagiat est parfois autorisé. En particulier, la première des tolérances à l'égard du plagiat résulte de l'hypocrisie qui entoure l'usage de ce terme. Avec le professeur Emmanuel Dreyer, il faut admettre que le langage courant parle de plagiat pour bien souvent désigner la contrefaçon, surtout dans le domaine de la recherche⁴³. L'usage du mot « plagiat » oriente le débat sur le terrain éthique, ce qui véhicule l'idée qu'il n'est pas juridiquement sanctionné. La première des tolérances est donc sociale, bien qu'aujourd'hui la fraude intellectuelle soit de plus en plus réprouvée.

Tolérances juridiques. Mais la tolérance à l'égard du plagiat ne se manifeste pas seulement sur le terrain linguistique. Elle est aussi juridique. Ainsi, la liberté de copier (ou la liberté de plagier) est entière lorsque le travail considéré n'est l'objet d'aucune protection juridique. Les idées, les concepts, les faits anodins ou encore les faits historiques ne sont en principe l'objet d'aucune protection. Leur reproduction n'offre ainsi aucune prise au plagiat. Mais plus délicates sont les situations où le travail copié fait l'objet d'une protection juridique. Dans quelles mesures le plagiat, alors constitutif d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé, est-il toléré ? À cet égard, la liberté de copier, bien qu'incertaine dans son principe et dans sa mise en œuvre, pourrait justifier certaines pratiques de plagiat (A). Néanmoins, le plagiat, même justifié ou toléré, ne saurait méconnaître une valeur cardinale, à savoir le droit au nom, noyau-dur des droits de l'auteur plagié (B).

A. L'incertaine liberté de copier

Liberté de création et exceptions au droit d'auteur. Le plagiat peut-il être licite ? Pour y répondre, il faut solliciter, d'une part, le droit de la liberté d'expression et de création, et, d'autre part, les exceptions au droit d'auteur.

La liberté de création. La liberté de création pourrait rendre licite certains plagiats. À première vue, la prétention paraît surprenante⁴⁴. Le plagiat est en effet tout le contraire de la création et heurte de front les règles protectrices de l'auteur. Mais la liberté de création est un droit qui n'est pas moins légitime que les droits de l'auteur. En effet, d'un point de vue normatif, la liberté de création découle de la liberté d'expression, garantie par plusieurs instruments

43. E. DREYER, « Les hésitations du droit pénal à l'égard du plagiat », in J. GUGLIEMI et G. KOUBI, *Le plagiat dans la recherche scientifique*, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 189.

44. C. BERNALTY, *Liberté de création, plagiat et droit d'auteur. Droit et littérature*, Édition de l'Université de Shanghai, 2012 ; Voir le dossier « Création artistique. No limit ? », in *Juris Art*, 2015, n° 22.

internationaux. Plus précisément, la liberté de création se rattache à la liberté d'expression artistique⁴⁵. En outre, elle a récemment fait l'objet d'une reconnaissance législative à l'occasion de l'adoption de la Loi Création, architecture et patrimoine du 29 juin 2016. L'article 1^{er} dispose ainsi que « la création artistique est libre ». Relevons que la liberté d'expression artistique avait déjà été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶. Il n'était donc pas franchement nécessaire de reconnaître une liberté qui existait déjà dans notre droit⁴⁷.

Mise en balance des droits. Au demeurant, en tant que manifestation de la liberté de création, les intérêts du plagiaire doivent être mis en balance avec les intérêts concurrents de l'auteur de l'œuvre plagiée, que cette œuvre soit ou non objet d'un droit d'auteur. Dès lors, la question à résoudre est la suivante : dans quelles mesures le droit de l'auteur représente-t-il une limite légitime et nécessaire à la liberté de création du plagiaire ? Force est d'admettre que dans la plupart des cas de plagiat, l'objectif frauduleux de son auteur portera une atteinte intolérable aux droits de l'auteur. Les droits moraux de l'auteur (surtout les droits à l'intégrité et de paternité) représentent bien souvent des limites légitimes de la liberté de création.

Le plagiat, pratique artistique ? Cette approche en termes de mise en balance et de contrôle de proportionnalité de l'atteinte par rapport à l'intérêt protégé a clairement été reconnue par la Cour de cassation avec l'arrêt *Klasen* du 15 mai 2015⁴⁸. Les faits de l'espèce s'apparentaient justement à un cas de plagiat artistique, qualifié de contrefaçon des droits de l'auteur. Un artiste plasticien avait incorporé dans une de ses œuvres trois photographies, sans évidemment obtenir d'autorisation de leur auteur. La question qui s'est posée portait donc sur le point de savoir si la liberté de création pouvait justifier une telle pratique. La cour d'appel a retenu « que les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique ». La copie, pourtant réalisée dans un dessein artistique, ne saurait donc, pour la Cour d'appel, légitimer l'atteinte aux droits de l'auteur. L'arrêt est cependant cassé au visa de l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au motif que la cour devait « expliquer de façon

45. Sur la liberté de création : A. LATIL, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014.

46. Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c/ Suisse*, req. n° 10737/84, Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*, req. n° 68354/01.

47. Sur la liberté de création : A. LATIL, *Création et droits fondamentaux*, *op. cit.*

48. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27391, JCP E 2016, p. 57, note A. Zollinger ; *Prop. Intell.* 2016, n° 58, p. 89, note M. Vivant et Ch. Geiger ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 308-309, p. 13, note L. Marino ; *Légipresse* 2015, n° 330, p. 474, note V. Varet ; *D.* 2015, p. 1672, note P. Sirinelli et A. Bensamoun ; *Jurisart* 2015, n° 26, p. 6, note E. Treppoz ; *RTD com.* 2015, p. 515 note F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2015, n° 7, p. 29, note Ch. Caron ; *RJC* 2016, p. 11, note Ch. Alleaume et D. Martin.

concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait ». Est-ce à dire que le plagiat serait dorénavant autorisé en droit français ? Certainement pas. L'arrêt n'offre évidemment pas un blanc-seing aux plagiaires. L'arrêt est cassé pour défaut de base légale : la cour aurait dû expliquer en quoi les droits de l'auteur constituaient une limite légitime à la liberté de création. La Cour de cassation invite donc à mettre en balance le droit de l'auteur sur son œuvre avec la liberté d'expression artistique. Il convient donc de distinguer les différents types de plagiat afin d'imaginer dans quels cas le plagiat pourrait devenir licite.

Œuvre transformative. On imagine mal qu'une reproduction servile, faite sans autorisation, dans le but frauduleux de se faire passer pour l'auteur, puisse être justifiée par la liberté de création. En revanche, la licéité de la reproduction de l'œuvre d'autrui, même sans citer le nom de l'auteur, et donc en laissant planer un doute quant à l'identité de son véritable auteur, pourrait cependant résulter de l'objectif de *transformation créative*. On nomme œuvres « transformatives », ou « transformatrices » ces œuvres constituées de la reprise d'œuvres antérieures⁴⁹. Cependant, en l'état du droit positif, une œuvre transformatrice est une œuvre composite soumise au régime de l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle : « L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ». L'autorisation de l'auteur de l'œuvre première est donc toujours nécessaire.

Exceptions, Fair Use, mise en balance. Plusieurs solutions sont proposées afin de rendre licites les pratiques créatives liées aux œuvres transformatives. Le rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) présente à cet égard un certain nombre de solutions, comme la clarification du régime de l'œuvre composite, la consécration dans la loi de l'exception d'inclusion fortuite ou encore de charger les plateformes de diffusion (YouTube par exemple) de la gestion des autorisations pour le compte des auteurs⁵⁰. La mise en place par le législateur d'une exception de critique a aussi été proposée⁵¹. Plus avant encore, le droit français pourrait s'inspirer du droit américain en matière de *fair use*⁵². À cet égard, l'arrêt *Klasen* du 15 mai 2015 constitue dans une certaine mesure une forme de *fair use* à la française.

Au demeurant, sans attendre de solution législative, la jurisprudence a déjà eu à trancher un litige portant sur une œuvre transformative, à savoir la réalisation d'une suite d'une œuvre (un *sequel* littéraire en quelque sorte). Il s'agit de

49. P. Léger, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, thèse Paris-Saclay, 2015.

50. V.-L. BENABOU et F. LANGROGNET, rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives », 24 décembre 2014.

51. P. LÉGER, *op. cit.*, n° 630.

52. M. LEAFFER, « Fair Use, Transformative Use and the First Amendment », in P. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, Wolters Kluwer, third ed., 2015, p. 397.

l'important arrêt de la Cour de cassation, en date du 30 janvier 2007, portant sur la suite des *Misérables* de Victor Hugo⁵³. Les héritiers du célèbre auteur bison-tin reprochaient à l'auteur d'une suite des *Misérables* de porter atteinte au droit moral de leur aïeul. Il faut dire aussi que l'auteur de la suite des *Misérables* avait pris quelques libertés avec l'œuvre de Victor Hugo. Ainsi, pour ne donner qu'un exemple, l'inspecteur Javer avait mystérieusement ressuscité des eaux de la Seine. En tout état de cause, la liberté de création justifie-t-elle la reprise de l'intrigue, du nom des personnages ou encore des situations ? La première chambre civile retient que « la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié ». Partant, le droit moral de l'auteur ne fait pas nécessairement obstacle à la transformation créative de l'œuvre d'autrui.

Exception de parodie. En droit d'auteur, l'exception de parodie, de pastiche et de caricature de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle offre un autre espace de liberté de transformation des œuvres d'autrui. À cet égard, l'exception de parodie a récemment fait l'objet d'une définition autonome par la Cour de justice de l'Union européenne. Elle retient que la parodie présente deux caractéristiques : « d'une part, d'évoquer une œuvre existante dont elle doit se différencier de manière perceptible et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie »⁵⁴. Or, on s'aperçoit très vite que cette définition de la parodie ne laisse aucune place au plagiat. En effet, le plagiat ayant pour objectif de se faire passer pour l'auteur de l'œuvre, la condition de se « différencier de manière perceptible » de l'œuvre existante fait obstacle à l'application de l'exception de parodie à des cas de plagiat. Le plagiat ne peut donc pas se draper sous le voile de la parodie.

Exception de recherche. Le domaine de la recherche est lieu sensible pour le plagiat. La probité scientifique impose en effet de dévoiler ses sources, et donc de citer les auteurs sur lesquels s'appuie la démonstration. Il ne fait aucun doute que la citation de passages d'une œuvre impose de citer le nom de son auteur (l'emploi des guillemets est un usage, pas une obligation). En revanche, faut-il citer le nom des auteurs d'idées ? La réponse est difficile. Sur le terrain du droit d'auteur, les idées ne sont en principe pas protégeables. Donc, aucun droit de paternité n'oblige à citer le nom de leur auteur. Néanmoins, la déontologie de la recherche impose de citer leur nom, cela moins dans une perspective de protection de l'intérêt de l'auteur que dans un objectif de qualité de la recherche. À cet égard, la charte de la recherche dispose que

53. Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, « *Les Misérables* », *Bull.* n° 47, *JurisData* n° 2007-037150, *JCP G* 2007, II, 10025, note Ch. Caron, *D.* 2007, p. 920, note S. Choisy ; *RLDI* 2007, n° 25, p. 6, note A. Singh et Th. Debiesse ; *GP* 20 et 21 avril 2007, p. 10, note Th. Lancrenon ; *Légipresse* 2007, III, p. 100, note E. Emile-Zola-Place ; *RIDA* avr. 2007, p. 249 et p. 193, note P. Sirinelli ; *Propr. Intell.* 2007, n° 23, p. 207, note A. Lucas ; *RTD com.* 2007, p. 354, obs. F. Pollaud-Dulian.

54. CJUE, 3 septembre 2014, C-201/13, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW / Helena Vandersteen*.

« la nécessité de valider les observations nouvelles en montrant que les expériences sont reproductibles ne devrait pas être interprétée comme du plagiat, à condition que les données à confirmer soient explicitement citées ».

Le jeu littéraire. Par ailleurs, la tolérance à l'égard de la reprise du travail d'autrui se manifeste parfois de manière étonnante, sans base juridique clairement établie. Ainsi, l'argument du « plagiat créatif » a été reçu par la cour d'appel de Paris à l'occasion du litige opposant Margaret Mitchell et Régine Desforges au sujet du roman *La Bicyclette bleue*⁵⁵. L'œuvre de Régine Desforges était clairement inspirée de *Gone with the Wind*, à tel point que l'auteur remercie Margaret Mitchell dans la préface et que, dans le récit, l'héroïne fait référence à cet ouvrage dans une correspondance épistolaire, afin de comparer sa propre situation à celle de son *alter ego* américaine. Malgré les ressemblances flagrantes entre les œuvres, la cour de Paris a pourtant retenu l'argument du jeu littéraire. Mais était-ce ici véritablement un cas de plagiat ? Nous avons défini le plagiat comme la reprise du travail d'autrui dans le dessein de se faire passer pour l'auteur. Or, dans les deux exemples que nous avons développés (*Les Misérables* et *La Bicyclette bleue*) les auteurs de l'œuvre transformatrice n'avaient pas la volonté de se faire passer pour l'auteur de l'œuvre copiée : leur démarche relevait plutôt du jeu littéraire.

B. La limite du droit de paternité

Le droit de paternité. « Rendre à César ce qui appartient à César ». Le proverbe est souvent cité à propos du plagiat. La définition retenue du plagiat désigne en effet une pratique visant à *se faire passer pour l'auteur*. Le plagiat est une faute dolosive consistant à masquer ses sources afin de tirer profit du travail d'autrui en le faisant passer pour sien. Dès lors, un lien étroit existe entre le plagiat et l'absence de citation du nom de l'auteur⁵⁶. Le défaut de mention du nom de l'auteur apparaît comme une constante dans le plagiat. Non pas que d'autres prérogatives morales ne soient pas atteintes (droit à l'intégrité de l'œuvre, droit de divulgation, préjudice moral de voir piller le fruit d'un long effort, etc.), mais il apparaît tout particulièrement que l'usurpation du nom du plagié entre précisément dans l'ADN du plagiat. Or, le défaut de mention du nom de l'auteur constitue une atteinte au droit moral de l'auteur. On voit ici que, lorsque l'œuvre est soumise au droit d'auteur, la contrefaçon pour atteinte au droit de paternité sera souvent caractérisée.

Nom et création. Mais il est certaines situations où le nom de l'auteur n'est pas cité pour des raisons purement techniques, soit par manque de place (en art plastique ou en musique), soit que la référence à un auteur relève du

55. CA Paris, 21 novembre 1990, *RIDA* janv. 1990, p. 319, concl. Delafaye, *D.* 1991, p. 85, note P.-Y. Gautier.

56. L. MARINO, *op. cit.*

clin d'œil. Ce problème trouve un champ d'application en matière de *fanfiction*⁵⁷. Il s'agit d'une forme de création qui prolonge, détourne, modifie ou encore corrige une œuvre originale. Le plus souvent pratiquée par des *fan*, ces créations revendiquent une filiation avec l'œuvre d'origine. Ainsi, les noms et les traits de caractères des personnages, l'intrigue et le cadre du récit sont souvent conservés. La reprise de l'œuvre d'autrui est donc parfaitement assumée. Les *fanfiction* sont donc susceptibles de constituer des cas de littératures illicites. Pourtant, la filiation avec l'œuvre originale est assumée, et même revendiquée. Dès lors, les auteurs de *fanfiction* doivent-ils citer le nom de l'auteur de l'œuvre première ? La jurisprudence y apporte une réponse positive. En effet, à propos de l'affaire de la suite des *Misérables* de Victor Hugo, la Cour de cassation a énoncé « que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié »⁵⁸. La Cour de cassation offre donc ici un (faible) espace de liberté à l'auteur d'une suite : d'une part, il doit s'agir d'une œuvre du domaine public (« à l'expiration du monopole d'exploitation ») et, d'autre part, le nom de l'auteur doit être cité et l'intégrité de l'œuvre doit être respectée.

Découvertes scientifiques. De même, le lien entre le nom d'un inventeur et son travail est particulièrement fort, même en dehors de la matière littéraire et artistique. Ainsi, en droit des brevets, les auteurs de découvertes scientifiques bénéficient du droit de voir leur nom associé à leur enregistrement. Le traité concernant l'enregistrement international des découvertes scientifiques, conclu à Genève le 7 mars 1978, indique à son article 3. 3 que la demande d'enregistrement contient « les noms et prénoms et l'adresse complète de l'auteur de la découverte scientifique ». Par conséquent, même dans l'hypothèse où la reprise du travail d'autrui est licite, il n'en demeure pas moins qu'une attention particulière doit être apportée à la mention du nom de l'auteur.

Le droit au nom. Néanmoins, la limite constituée par le droit de paternité ne fait sens qu'en matière de droit de propriété intellectuelle. Il s'agit en effet d'une prérogative du droit moral qui n'a pas son pareil ailleurs. Ainsi, lorsque le travail plagié n'est pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, comment imposer au plagiaire de citer le nom du plagié ? Autrement dit, existe-t-il un droit au nom au-delà des droits de propriété intellectuelle ? En réalité, le droit au nom n'est pas inconnu hors du droit de la propriété intellectuelle. En effet,

57. S. DUPUY-BUSSON, « La *fanfiction* : un plagiat toléré ? Une adaptation illicite ? Une création soulevant de multiples questionnements juridiques », *LPA*, 24 novembre 2015, n° 234, p. 15.

58. Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, « Les *Misérables* », *Bull.* n° 47, *JurisData* n° 2007-037150, *JCP G* 2007, II, 10025, note Ch. Caron ; *D.* 2007, p. 920, note S. Choisy ; *RLDI* 2007, n° 25, p. 6, note A. Singh et Th. Debiec ; *GP* 20 et 21 avril 2007, p. 10, note Th. Lancrenon ; *Légipresse* 2007, III, p. 100, note E. Emile-Zola-Place, *RIDA* avr. 2007, p. 249 et p. 193, note P. Sirinelli ; *Prop. Intell.* 2007, n° 23, p. 207, note A. Lucas ; *RTD com.* 2007, p. 354, obs. F. Pollaud-Dulian.

le droit français, à l'instar d'autres systèmes juridiques, reconnaît un « droit au nom » par l'entremise des droits de la personnalité. Ce droit au nom est le droit qu'une personne détient sur son nom de famille en tant qu'élément de droit à la vie privée⁵⁹. Mais ce droit oblige-t-il à associer le nom d'une personne à son travail ?

Jurisprudence *Branly*. L'absence de citation du nom de l'auteur a pu constituer par le passé une faute par omission, à l'instar de ce qu'avait retenu la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Branly*⁶⁰. Dans cette célèbre affaire, l'auteur d'un ouvrage portant sur l'histoire de la TSF avait omis de citer le nom d'Édouard Branly, l'un des inventeurs de la radio. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la cour de Poitiers au motif qu'elle devait rechercher « si en écrivant une histoire de la TSF dans laquelle les travaux et le nom d'Édouard Branly étaient volontairement omis, Turpain s'était comporté comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscience des devoirs d'objectivité qui lui incombaient ». La solution avait été critiquée par Carbonnier, dans un article non moins célèbre, *Le silence et la gloire*, au motif qu'il n'appartient pas au juge de dicter une vérité officielle⁶¹. Bien que la solution ne serait probablement pas reconduite aujourd'hui, en raison de l'éviction de l'article 1382 du Code civil du champ des limites de la liberté d'expression, elle constitue une sanction par le droit de la responsabilité de la faute consistant à ne pas associer le nom d'une personne à son travail.

Finalement, il apparaît au terme de cette étude que la pratique du plagiat est fort variée et qu'elle peut donner prise à plusieurs types de sanctions juridiques. Loin d'être synonyme de contrefaçon, comme cela est souvent retenu, le plagiat constitue plus généralement un comportement frauduleux dont l'essence est de tirer profit du travail d'autrui en taisant ses sources.



59. G. LOISEAU, « Les droits sur le nom : un droit à la recherche d'un statut », *GP* 2007, n° 139, p. 18.

60. Cass. 1^{re} civ., 27 février 1951, *D.* 1951. jur. 329, note H. Desbois.

61. *D.* 1951, chron. p. 199.