L'appropriation intellectuelle de la chimère et de la programmation génétique

Intervention lors du colloque sur l'animal génétiquement modifié du 18 septembre 2014, organisé par Christel SIMLER.

Par Jean-Baptiste VAROQUEAUX, doctorant en droit de la propriété intellectuelle à l'Université de Strasbourg – chargé d'enseignement en droit.

Disponible sur : http://varoqueaux.awardspace.biz

Table des matières

Partie 1 : Introduction sur la protection de la création génétique et contre l'altération génétique....5
A)La protection de la création génétique par la distinction de l'oeuvre et de son support....5
1)Distinction entre la chose support de l'information de l'information elle-même 5
2)Du droit de propriété sur le support vers un droit de propriété sur l'information 6
B)L'encadrement de la liberté d'expression de l'artiste généticien....9
1)L'encadrement de l'expérimentation animale....9
2)La création interdite de chimères humaines....15
Partie 2 : l'appropriation intellectuelle de la chimère hors brevet....20
A)Application au code génétique du droit commun du droit d'auteur....21
1)Les conditions d'octroie du droit d'auteur....21
2)Les conceptions chimériques originales en génétique....24
B)L'appréhension du code génétique par les droits spéciaux de la propriété intellectuelle....28
1)Protection du code génétique en tant que programme....29
2)Autres protections envisageables : le droit sui generis des bases de données et le droit des dessins et modèles....36
Bibliographie :....41

1. – Il n'est pas aisé, au premier regard, de faire une place au droit d'auteur, le droit des artistes, des romanciers, de la sensibilité, dans l'austère monde de la logique ici incarné par la génétique. Le droit des brevets et le droit d'auteur sont comme deux sous-espèces issues de la même espèce, la propriété intellectuelle, ils ont un ADN fondamental commun, mais des spécificités non négligeables.

2. – Pour messieurs Beier, Crespi et Straus[1] : « *L'idée récemment émise de protéger certaines inventions biologiques au moyen de droits d'auteur plutôt que par les droits de propriété industrielle ne saurait être retenue comme alternative sérieuse.* ».

L'affirmation est péremptoire et expéditive ; or, il convient d'approfondir la question. Comme d'autres études brillamment menées en droit de la propriété intellectuelle appliqué à la génétique, notamment et en particulier celles de Jean-Pierre Clavier[2] et de Bernard Bergmans[3], celle-ci tendra à transcender les frontières des différents droits de propriété.

Y a-t-il un droit d'auteur sur les travaux de génétique ?

3. – Si la plupart des chercheurs se sont intéressés à la sous-espèce des brevets, droit naturel lorsque l'on souhaite protéger une application pratique d'une recherche scientifique, nous nous intéresserons principalement au droit d'auteur et aux différentes races qui le constituent. La frontière entre inventivité et créativité s'est amincie, la preuve en est que la programmation, qui relève de la science informatique, est protégée par le droit d'auteur. Plus promptement, il conviendra d'évoquer quelques cousins du droit d'auteur comme les bases de données, le droit des dessins et modèles et la topographie des semi-conducteurs. Quant à la sous-espèce du droit des marques, certes potentiellement pertinente, nous laisserons le champ libre à d'autres recherches puisque ce droit ne s'intéresse pas directement à la création, mais à l'usage et l'identité commerciaux.

4. – Le droit d'auteur constitue le pilier de notre démonstration, érigé en critique de l'incohérence juridique qui consisterait à classer les innovations génétiques dans la brevetabilité, alors que les programmes d'ordinateur relèvent du droit d'auteur. À dire vrai,

1 BEIER, CRESPI et STRAUS, *Biotechnologie et protection par brevet . Une analyse internationale*, OCDE, Paris, 1985, p. 94.

2 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998.

3 Bernhard BERGMANS, *La protection des innovations biologiques . Une étude de droit comparé, Bruxelles*, Maison Larcier, 1991.

cette incohérence, soulignée par Jean-Pierre Clavier[4], devrait être nuancée. Le même objet, que constitue la création génétique, peut faire l'objet d'apports intellectuels relevant autant de l'inventivité que de la créativité, à l'instar des créations informatiques.

5. – Pour madame Chemtob-Concé et monsieur Gallochat[5], une création génétique n'est pas une œuvre de l'esprit susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, et ce pour trois raisons. D'abord l'information génétique touche au vivant, c'est une observation particulièrement récurrente qui nécessiterait des développements conséquents qui ne seront abordés que dans la partie introductive de notre intervention. Ensuite, les processus utilisés seraient purement chimiques. Ces deux considérations, nous chercherons à démontrer qu'elles sont indifférentes. En effet, les photographies et les parfums sont eux-mêmes des procédés purement chimiques, ne peuvent-ils pas entrer dans le champ de protection du droit d'auteur ? Enfin, le véritable argument tient à la faible originalité de la création génétique. Face à cet argument de taille nous devrions nous incliner, pour autant il nous semble intéressant d'entrer dans le débat comme avocat du diable, avocat de la création génétique, pour en déceler l'once d'originalité, Graal de la protection du droit d'auteur. Ce que nous aborderons dans la deuxième partie de notre développement.

L'objet de l'étude est de rechercher si les créations génétiques peuvent être protégées par le droit commun du droit d'auteur (A de la partie 2), ou par un droit spécial comme celui protégeant les programmes d'ordinateur, les bases de données, les dessins et modèles et les topographies des semi-conducteurs (B de la partie 2).

6. – Mais avant d'étudier ces points, il conviendra (dans une partie 1 introductive accessoire au sujet) de rejeter définitivement l'argument selon lequel le vivant ne serait pas appropriable. Il faudra par ailleurs vérifier l'existence d'un espace de liberté pour l'artiste-généticien au sein de l'expérimentation animale. Car si l'exploitation d'une chimère créée était interdite, le droit d'auteur sur celle-ci n'aurait que peu d'intérêt.

L'intervention partira donc de la protection générale de la génétique, pour aller vers son appropriation par des mécanismes particuliers, en passant par le point central du droit d'auteur.

---

4 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 246

5 Marie Catherine CHEMTOB-CONCÉ et Alain GALLOCHAT, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'Homme*, éd. Lavoisier, Paris, 2e éd., 2004, p. 10.

Partie 1 : Introduction sur la protection de la création génétique et contre l'altération génétique

7. – Il convient de distinguer en premier lieu l'information (le code génétique) de son support (le brin matériel d'ADN, l'animal), pour distinguer les différents droits qui protègent la création génétique, hors propriété intellectuelle. Nous verrons ainsi que des droits de propriété distinctes s'appliquent à l'information et à son support (A). C'est en second lieu que l'on pourra voir que l'animal et la pureté du génome sont protégés contre certaines formes d'altération et surtout d'aberration génétique (B).

A) *La protection de la création génétique par la distinction de l'oeuvre et de son support*

8. – La génétique permet la modification d'animaux vivants. Nous verrons que le droit protège par un droit de propriété cette modification en distinguant la modification, qui est une information formalisée, et l'animal qui lui sert de support (1). La créature modifiée est toujours appropriable, pour autant toutes les modifications ne sont pas permises, avant de voir si le droit d'auteur peut s'appliquer à la chose créée, encore faut-il voir si la création de cette chose est légale (2).

1) Distinction entre la chose support de l'information de l'information elle-même

9. – Tout comme l'inventeur peut vendre le prototype de son invention sans pour autant accorder au cessionnaire un droit d'exploitation, l'artiste peut vendre le support de son œuvre, l'oeuvre originelle, sans pour autant accorder un droit d'exploitation de l'oeuvre. On dit que l'oeuvre et son support sont indépendants.

> Art. L. 111-3 du CPI (Code de la propriété intellectuelle) : « *La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel.*
>
> *L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code, sauf dans les cas prévus par les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 123-4. Ces droits subsistent en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit qui, pourtant, ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à leur disposition de cet objet pour l'exercice*

desdits droits. Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3. ».

10. – L'oeuvre est en fait l'information, tandis que le support est la matérialité qui fixe l'oeuvre. L'information serait l'histoire dans un roman alors que la structure matérielle serait le livre. Transposé à l'ADN, il s'avère que l'information génétique correspondrait à l'oeuvre, tandis que la matière, la chaîne matérielle de protéines, correspondrait au support. Relevons tout de même la spécificité du code génétique qui est une information, mais c'est une information écrite dans un procédé matériel qui en dépend. En effet, c'est la structure matérielle de l'ADN qui permet d'exprimer l'information.

11. – Ainsi quand bien même le corps humain, par exemple, ne serait pas appropriable, l'information génétique qui le concerne est tout à fait indépendante. Même remarque pour les animaux dont la détention serait illicite, ou l'intervention sur eux, à défaut d'autorisation particulière. Il s'agit maintenant de voir quels éléments sont appropriables.

2) Du droit de propriété sur le support vers un droit de propriété sur l'information

12. – Pour un rappel de base en droit, notons que le droit de propriété offre un pouvoir à une personne juridique (un homme, une association, etc.) sur une chose. Le terme « chose » a une acception très large, certaines sont utilisables par tous, d'autres sont privatives, d'autres encore ne peuvent être appropriées[6]. Nous nous intéresserons ici au droit de propriété classique et non à la propriété intellectuelle[7], afin de démontrer que la matière vivante est appropriable.

13. – Le code génétique est-il appropriable ? Il y a d'abord l'information génétique,

6 Le droit de propriété est le pouvoir d'utiliser une chose, ensuite le pouvoir d'en percevoir les fruits, les rentes et les intérêt, et enfin le pouvoir de le vendre, le détruire, le vider de sa substance ; *usus, fructus, abusus.* Ce droit est non seulement perpétuel et imprescriptible, mais aussi opposable *erga omnes* (à tous), l'usurpateur ne pourra se titre se cacher derrière son ignorance.
La propriété est une notion majeur en droit, en principe une chose appartient ou est susceptible d'appartenir à une personne déterminée et parfois à plusieurs personnes en copropriété : un héritage encore non partagé, les coauteurs d'un film, *etc*. D'autres biens bénéficient à tous sans appartenir à personne : les corps célestes, l'air, la mer, l'océan ou les pierres d'une plage dans leur ensemble. Entre les biens en appropriés et les biens inappropriables il existe un intermédiaire : les biens du domaine public qui, par définition, sont mis à disposition du public ou utilisés dans le cadre d'un service public : une route, une voie de chemin de fer.

7 Selon l'art. 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »

matérialisée ensuite au sein du brin d'ADN, elle s'exprime enfin à travers le corps de la créature en son entier. Il y a donc trois éléments distincts susceptibles d'appropriation.

En ce qui concerne le brin d'ADN et le corps de l'animal en son entier, l'ADN fait matériellement partie de l'animal, or l'animal est sans difficulté un objet de propriété[8]. Il en va différemment pour l'homme en vertu du principe de non patrimonialité du corps humain[9].

Peut-on s'approprier l'information génétique en dehors des mécanismes du droit de la propriété intellectuelle ? Puisque l'information génétique définit les caractères d'un individu déterminé, sa morphologie, son aspect, alors il sera considéré comme étant l'« image génétique » de cet individu. De principe, il faut considérer que nul n'a de droit de propriété sur l'image d'une chose[10]. Nous ne pouvons interdire à un passant de photographier notre voiture ou la façade de notre maison. L'animal est une chose. Puisqu'il n'est pas possible de s'en approprier l'image, alors nous ne pouvons interdire non plus à un passant de photographier notre chien.

Il serait vain de chercher à faire un parallèle avec le droit d'une personne à pouvoir contrôler l'utilisation faite de son ADN, car l'animal n'est pas une personne[11].

---

8 Ainsi que l'admet de manière incidente l'art. 1385 du Code civil : « *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.* ».

9 Une doctrine contraire soutient que l'homme est propriétaire de son propre corps (Notamment X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la faculté de droit de Namur, n° 13, éd. Larcier, 1982, Bruxelles, p. 602). Pour concilier cette idée avec les articles 16-1 et suivants du Code civil (« *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* »), il conviendrait d'admettre que le corps humain fait l'objet d'un droit de propriété spécial et inaliénable (Isablelle ZULIAN, *Le gène saisi par le droit . La qualification de chose humaine*, éd. PUAM . Coll du Centre Pierre Kayser, Marseille, 2010, p. 158-159.). Il faudrait ainsi le comparer au droit moral en droit d'auteur (Le droit moral fait partie du droit de propriété selon le Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014).
Cela signifierait que l'homme est d'une part responsable de son corps en tant que chose sous sa garde, quand bien même il en perdrait le contrôle. Cela signifierait, d'autre part, qu'il est propriétaire de touts les produits issus de son corps, notamment les produits sanguins ou le matériel génétique. Aucun obstacle ne semble se dresser face à la responsabilité du fait de son propre corps, mais son auto-appropriation se heurte au principe de non patrimonialité du corps humain de l'article 16-1 du Code civil, sus-évoqué.

10 Depuis une jurisprudence fondamentale Cass. AP, 7 mai 2004, n° 02-10450, *Hôtel de Girancourt*, on considère que le propriétaire d'un bien n'a pas d'exclusivité sur l'image de ce bien, il peut cependant interdire l'exploitation de cette image lorsque celle-ci lui cause un trouble, notamment un trouble du voisinage qui conduirait à un attroupement préjudiciable d'individus aux portes de l'immeuble.

11 Il faut en effet réserver le cas particulier de l'homme, seul animal pour l'heure à bénéficier de la personnalité juridique et pouvant alors juridiquement maîtriser sa propre information génétique. Il est sujet de droit et a donc une place supérieure, sinon centrale, dans notre droit. Mais l'animal, lui, n'a pas de droit à la personnalité, il n'est pas une personne. Il n'a pas le droit au respect de sa vie privée ou de son « image génétique ».
La personnalité d'un être humain est protégée par les droits de la personnalité : droit à la vie privée, le droit de maitriser son image ou les enregistrements de sa voix, se prémunir contre toute atteinte à son propre

Donc, il est possible d'avoir un droit de propriété sur un animal ou sur un brin d'ADN, mais il en va différemment pour l'information que l'ADN contient.

14. – Ainsi, à l'égard des choses telles que l'animal, la seule solution consisterait à empêcher matériellement l'accès au bien, et ainsi empêcher un tiers de le photographier ou d'en prélever l'information génétique[12].

15. – Par ailleurs, s'il s'avère coûteux de produire l'information génétique ou une création génétique particulière, il est possible d'en interdire l'exploitation par un tiers en passant par le mécanisme du parasitisme et de la concurrence déloyale[13]. Il suffit alors de prouver l'utilisation d'une valeur par un tiers. L'information génétique représente-t-elle une valeur ? Un tiers utilise-t-il cette valeur à moindres frais ? Pouvez-vous prouver que vous êtes la source dans laquelle le tiers a puisé cette valeur ? Bien, vous pouvez interdire cette exploitation. Ce mécanisme est juridiquement très discutable[14], mais il est couramment utilisé

---

corps. Ce mécanisme tire son fondement non dans le droit de propriété de l'article 544 du Code civil mais dans l'article 9 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée*. ». En tant que partie du corps humain et comme information le reflétant, l'information génétique est appréhendée par ce droit de la personnalité. D'autant plus qu'il est le code permettant de recréer la personne dans sa corporalité, la cloner. Ainsi a-t-on pu parler d'« image génétique » (F. BELLIVIER, L. BOUDOUARD-BRUNET, « Ressources génétiques et patrimoine », *in Le droit saisi par la biologie*, C. LABROUSSE-RIOU (Dir.), LGDJ, 1996, Paris, p. 185). Le droit de la personnalité ne se cède pas, on ne peut y renoncer, alors que la propriété se transmet aisément. Toute la difficulté vient du fait que, dans nos sociétés modernes, on rechigne à accorder un droit de propriété sur un humain, un corps humain, ou un produit du corps humain (Art. 16-1 et suivants du Code civil sus-évoqué). De nos jours, pour « patrimonialiser » l'information génétique, la personne doit passer par la menace d'une action en justice pour atteinte à ses droits de la personnalité, c'est ainsi qu'elle pourra la « vendre ».

12 Prélever l'ADN sans autorisation serait considéré comme un vol (3 ans de prison 45 000 euros d'amende selon l'art. 311-1 du Code pénal) : substitution frauduleuse (prélèvement sans autorisation) d'une partie (l'ADN) de la chose d'autrui (l'animal). L'utilisation de l'information génétique pour un usage non prévu serait un abus de confiance (3 ans de prison et 375 000 euros d'amende selon l'article 314-1 du Code pénal) par détournement d'une information (admettant la qualification de détournement d'information : Cass. Crim., 16 nov. 2011).
Levons ici l'ambiguité soulevée par la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 29 octobre 2012, SARL Photo Josse, n° 341173). Selon le Conseil, l'exploitation commerciale de l'image d'un bien situé sur le domaine public constitue nécessairement une exploitation privative du domaine public. Le Conseil d'État pourrait mettre ainsi en péril cette règle fondamentale de non appropriation de l'image d'un bien, en permettant que la propriété sur la chose s'étende à l'image de cette chose (interprétant la décision en ce sens : André LUCAS, obs. ss. CE, 29 octobre 2012, SARL Photo Josse, n° 341173, Propr. intell. janv. 2013, p. 69). Il s'agit surtout, selon nous, de permettre aux musées d'empêcher la commercialisation de photographies de leurs fonds permanents. *Google art* était notamment un projet de numérisation globale de toutes les collections permanentes. La jurisprudence *Hôtel de Girancourt* sus-évoquée serait artificiellement sauve, puisque c'est davantage ici le trouble anormal qui est sanctionné, autrement dit que l'exploitation de l'image entraîne un préjudice quant à l'exercice du droit de propriété sur le bien matériel.

13 Les articles 1382 et 1383 du Code civil permettent d'interdire à ce qu'un acteur économique ne profite des investissements de son concurrent sans lui-même débourser une somme semblable, car alors ceci lui procure un avantage concurrentiel déloyalement obtenu.

14 Nous nous opposons à l'application de ce mécanisme dans la sphère de la propriété intellectuelle. C'est une atteinte trop importante à la liberté du commerce selon Cass. com, 8 avr. 2008, n° 07-11385. De plus, selon l'arrêt CJUE 1er mars 2012, n° C-604-10, seules les conditions posées par les directives européennes

en pratique en lieu et place des droits de propriété intellectuelle[15].

16. – En conclusion, bien qu'il ne soit finalement pas possible de s'approprier l'information génétique, par le droit de la propriété classique, il est tout à fait possible de maîtriser l'« image génétique » de l'animal comme de l'homme, par des moyens détournés. Il reste que pour être utile, un droit de propriété potentiel sur une création génétique nécessite auparavant qu'un espace de liberté d'expression et de création soit laissé au généticien.

B) L'encadrement de la liberté d'expression de l'artiste généticien

17. – Puisque l'on parle d'artiste photographe, d'artiste cuisinier, d'artiste sculpteur, d'artiste parfumeur, d'artiste tatoueur, pourquoi ne pas parler d'artiste généticien dont la matière serait le corps ? L'approche artistique n'est pas nouvelle. Choque-t-elle l'ordre public lorsque l'on se trouve face à la fiction du « Silence des agneaux », de « *The human centriped* » ou à la réalité de l'approche conceptuelle du jeune norvégien Alexander Selvik Wengshoelsaid ? Celui-ci a choisi pour sujet d'étude de mai 2014 de cuisiner et manger une partie de sa propre hanche. L'art met l'ordre public à rude épreuve ; mais bien moins, selon nous, que ne le serait par exemple la modification génétique d'un animal dans un objectif de stérilisation, en lieu et place d'une douloureuse et traumatisante chirurgie.

18. – Deux obstacles se dressent face à l'expression artistique à travers l'encadrement de l'expérimentation animale d'abord, et l'interdiction de créer des chimères humaines ensuite.

1) L'encadrement de l'expérimentation animale

19. – L'expérimentation animale est encadrée en amont, au stade de la conception, et en aval, au stade de l'exploitation.

20. – **La modification de l'animale est contrôlée en amont, au stade de**

peuvent être adoptée pour permettre la protection d'une œuvre par le droit d'auteur, autrement dit l'exigence d'originalité. La Cour de justice précise dans ses points 47 à 52 que les États membres ne peuvent prévoir de mécanisme palliatif de droit d'auteur moins exigeant dans ses conditions que ne le sont les directives européennes. Pour cela elle rappelle que les directives de l'Union européenne répondent en la matière à un objectif d'harmonisation qui ne serait pas respecté si des mécanismes palliatifs pouvaient être adoptés tous azimuts. Selon notre interprétation de cette décision, cela signifierait que la construction prétorienne française qu'est la sanction des actes de parasitisme, lorsqu'elle a trait à une création immatérielle, soit contraire au droit européen.

15 Parmi les nombreuses décisions en ce sens, la plus significative du malaise actuel est l'arrêt Cass. civ. 1re, 14 nov. 2013, qui a admis qu'un logiciel qui ne remplissait pas les conditions de protection par le droit d'auteur pouvait néanmoins être protégé contre des actes de parasitisme.

l'expérimentation. Le corps de l'animal est en effet protégé par divers textes[16]. L'animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité est protégé par le Code pénal et le Code de rural et de la pêche maritime. L'animal de laboratoire est donc concerné contrairement à l'animal sauvage. Sont prohibés lorsqu'ils ne sont pas nécessaires : les maltraitances volontaires de tels animaux[17] ainsi que les homicides[18]. Mais aussi le fait d'« exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal »[19], ainsi de telles mutilations d'animaux, sont lourdement sanctionnés à travers la notion de sévices graves.

Sont encadrées les expériences mutilantes en dehors de toute maltraitance, ensuite les expériences entraînant des maltraitances.

21. – Qu'en est-il de la mutilation d'animaux en dehors de tout acte de cruauté ? D'abord, notons que modifier un animal génétiquement ne correspondrait pas à une mutilation[20], contrairement à la modification chirurgicale de l'animal, telle que la castration des chats ou l'ablation des cornes des taureaux[21]. En principe, la mutilation des animaux était autorisée jusqu'à l'abrogation de l'article 3 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature, à moins que la préservation de l'espèce n'exigeât le contraire.

L'article 10 de la convention européenne sur la protection des animaux de compagnie, introduite par le décret n° 2004-416[22], interdit toute modification chirurgicale d'un animal

16 *Cf.* sur ce point : Jacques LEROY, « L'animal de cirque protégé pour lui-même » , *in Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie . Liber amicorum*, dir. Par André DECOQ, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, Bernard BEIGNIER, Richard CRÔNE, éd. LexisNexis, Paris, 2005, p. 295-302.

17 Contravention de 4e classe, art. R 654-1 du Code pénal, 750 euros d'amende encourue selon l'art. 131-13.

18 Contravention de 5e classe, art. R 655-1 du Code pénal, 1500 euros d'amende encourue selon l'art. 131-13, doublé en cas de récidive dans l'année.

19 521-1 du Code pénal.

20 La mutilation est « l'"ablation" ou la "détérioration" d'un membre ou d'une partie externe du corps (Dictionnaire Le Robert) », selon monsieur le professeur Yves MAYAUD, « Violences volontaires » , *in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, oct. 2008, n° 144. Il ajoute qu'il faille caractériser l'irréversibilité de l'intervention (n° 145). Le seul acte de castration étant considéré comme une mutilation (n° 149). Lorsque cette mutilation est accompagnée « de souffrances particulières, dépassant de la sorte les violences plus classiques », alors, selon le même auteur (n° 148), l'infraction bascule dans le domaine des actes de torture et de barbarie. C'est donc que la mutilation ne nécessite pas dans sa qualification que les actes mutilants entraînent en eux-mêmes des souffrances particulières.
La mutilation signifie se rendre impropre au service selon l'interprétation de la notion d'auto-mutilation volontaire des articles L.321-22 et suivants du Code de justice militaire faite par la Cass. Crim. 19 déc. 1990, n° 90-83.175.
Ainsi il nous semble que la mutilation ne soit pas caractérisée lorsque la modification opère avant la conception de la créature, puisqu'alors aucune ablation n'a lieu.

21 *Cf. infra*, n° 20-24.

22 Décret n° 2004-416 du 11 mai 2004 portant publication de la convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, faite à Strasbourg le 13 novembre 1987 et signée par la France le 18 décembre 1996.

dans un but esthétique[23]. Le droit français est autrement élaboré, l'interdiction de l'intervention pour des considérations esthétiques disparaît.

> L'art. 1 du décret n° 2008-871 du 28 août 2008 relatif à la protection des animaux de compagnie et modifiant le code rural introduit l'art. R. 214-21 du Code rural et de la pêche maritime : « *Les interventions chirurgicales sur des animaux de compagnie à des fins non curatives, autres que la coupe de la queue, sont interdites. Toutefois, une intervention chirurgicale peut être réalisée sur un animal de compagnie par un vétérinaire mentionné à l'article L. 241-1 soit dans l'intérêt propre de l'animal, soit pour empêcher sa reproduction.* ».

22. – De plus, cette interdiction est doublement limitée aux animaux de compagnie et aux interventions chirurgicales et non pas génétiques. Une intervention chirurgicale s'assimile, en effet, à une mutilation. L'article sus-cité assimile l'intervention chirurgicale à une « coupe », donc une modification de l'existant. La seule sanction est une amende prévue aux articles R. 215-5-1 et R. 215-5-2 du Code rural et de la pêche maritime en cas de vente « *des animaux de compagnie ayant subi une intervention chirurgicale en méconnaissance des dispositions de l'article R. 214-21* ». Comme la loi pénale est d'interprétation stricte, la prohibition ne peut s'étendre aux interventions génétiques. Il serait éventuellement possible de considérer que le décret précédemment évoqué ait un pan civil, alors l'interdiction pourrait être appliquée de manière plus souple à fin de faire sortir l'animal de compagnie génétiquement modifié du commerce. Il ne s'agit là que d'une pure hypothèse. En effet, la sanction prévue ne semble pas remettre en cause la vente.

En revanche, l'article 5 de la convention européenne sus-évoquée exige que la sélection des géniteurs respecte le bien-être et la santé de la femelle et de la progéniture.

> « *Toute personne qui sélectionne un animal de compagnie pour la reproduction doit être tenue de prendre en compte les caractéristiques anatomiques, physiologiques et comportementales qui sont de nature à compromettre la santé et le bien-être de la progéniture ou de la femelle.* »

C'est une remarque de bon sens, il convient de ne pas faire porter à une femelle une progéniture disproportionnée ou de prendre des risques sans précautions. Ce qui ne remet

23 « *1. Les interventions chirurgicales destinées à modifier l'apparence d'un animal de compagnie ou à d'autres fins non curatives doivent être interdites et en particulier :*
a) La coupe de la queue ;
b) La coupe des oreilles ;
c) La section des cordes vocales ;
d) L'ablation des griffes et des dents. »

aucunement en cause la possibilité de faire porter un animal génétiquement modifié par cette femelle, d'autant plus si la progéniture lui est retirée à la naissance afin d'éviter des incompatibilités comportementales.

En matière de génétique les associations d'éleveurs sont simplement « invitées » à réviser leurs politiques dans l'annexe d'une consultation facultative et accessoire à la Convention sur la protection des animaux de compagnie[24]. Ceci dans le but d'« *éviter ou, si il n'est pas possible d'éliminer les tares importantes, arrêter l'élevage : […] des animaux porteurs d'anomalies génétiques récessives* ». De tels élevages ne sont donc pas considérés comme interdits par la Convention.

23. – En lieu et place du principe d'autorisation des mutilations d'animaux, le décret n° 89-805 du 27 octobre 1989 (portant codification et modification des textes réglementaires concernant la protection de la nature) renvoi aux dispositions du livre II du Code rural, notamment l'article L. 214-3 alinéa 3 du Code rural et de la pêche maritime.

24. – L'article L. 214-3 confirme qu'« il est interdit d'exercer des mauvais traitements envers les animaux » et il ajoute que les techniques d'élevage, de parcage, de transport et d'abatage sont encadrés par des décrets. Il ajoute enfin : « *Il en est de même pour ce qui concerne les expériences biologiques médicales et scientifiques qui doivent être limitées aux cas de stricte nécessité* ». Les modifications génétiques de l'animal entreront soit dans la catégorie des expériences si elles sont occasionnelles, soit dans l'élevage si les animaux sont produits pour être commercialisés. Dans les deux cas, les conditions de création d'animaux génétiquement modifiés pourront être encadrées par décret en Conseil d'État.

25. – Pour ce qui est des expériences, voici la principale barrière qui se dresserait contre l'exercice de l'« art génétique » : les expériences « doivent être limitées aux cas de stricte nécessité ». Mais quelles expériences sont concernées ? Les expériences artistiques sont-elles concernées ? D'ailleurs l'expression artistique serait-elle une justification suffisante pour répondre à l'exigence de nécessité ? L'article encadre-t-il exclusivement l'expérience sur un animal existant ou bien concerne-t-il aussi l'expérience dont l'objet est la création d'un animal ? Dans la loi Perruche l'ordre public s'est prononcé en faveur de la naissance d'une

24 Consultation multilatérale des parties à la Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie (STE 125), Strasbourg, 10 mars 1995, p. 7, disponible sur : http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/PDF/125_Resolution_10-03-1995_FRE.pdf

personne, quelque soit sa forme, même s'il en résulte une personne déficiente. Qu'en est-il concernant l'animal ?

Pour répondre, notons d'abord que le décret qui encadrait précédemment ces pratiques précisait qu'il concernait « *les expériences ou recherches pratiquées sur des animaux vivants* » (souligné par nous)[25], excluant donc l'application de ces dispositions à l'animal se trouvant être lui-même l'expérience.

Notons ensuite que l'alinéa premier de l'article L. 214-3 a trait à la maltraitance de l'animal. Le troisième alinéa prévoit qu'« *Il en est de même concernant les expériences biologiques médicales et scientifiques.* », il nous semble donc que seule l'expérience occasionnant une maltraitance devra être justifiée par la nécessitée. Qu'ainsi l'animal-expérience sera tout de même protégé, mais uniquement contre la maltraitance.

C'est une analyse personnelle de l'article, mais elle nous semble confirmée par l'article L. 231-1 du Code de la recherche ainsi que par la directive de 1998 sur les biotechnologies. En effet, l'article L. 214-3 du Code rural et de la pêche maritime qui encadre l'expérimentation animale doit être interprété à la lumière des autres dispositions de ce code ainsi que des directives européennes.

> Article L. 231-1 du Code de la recherche : « *L'interdiction des mauvais traitements envers les animaux notamment dans la pratique de l'expérimentation animale est prescrite par les dispositions de l'article L. 214-3 du code rural et de la pêche maritime.* ».

Cet article semble d'ailleurs n'avoir pour seul intérêt que de permettre l'interprétation de l'article L. 214-3. Or, il nous précise bien que ce sont les mauvais traitements qui sont interdits, pas l'expérimentation animale elle-même. Le considérant 45 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques précise que la modification génétique d'un animal est possible sous réserve qu'elle n'entraîne pas de souffrances inutiles. L'article 6 §2 d) de cette directive se prononce aussi en ce sens :

> « *Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés, ne sont pas brevetables* »

26. – Ainsi si elle entraîne des souffrances pour l'animal il faut que celles-ci soient justifiées par une utilité médicale substantielle dans le domaine de la recherche, de la

25 Article 1 du décret n° 87-848 du 19 octobre 1987 relatif aux expériences pratiquées sur les animaux vertébrés, abrogé par l'article 6 33° du décret n° 2003-768 du 1er août 2003.

prévention, du diagnostic ou de la thérapeutique pour l'homme ou pour l'animal.

Deux observations : d'abord la modification génétique de l'animal n'entraîne pas forcement une souffrance pour lui, ensuite toutes les espèces ne sont pas touchées par la prohibition, nous renvoyons sur ce point aux développements effectués dans l'intervention précédente, concernant l'expérimentation animale.

27. – **La modification de l'animal est aussi contrôlée en aval : au stade de l'exploitation**. Si les créations génétiques s'avéraient protégeable par le droit d'auteur, les hypothèses de contrefaçon ne seraient-elles pas limitées par les faibles possibilités d'exploitation ? L'exploitation d'une œuvre se divise en deux : d'un côté le droit de reproduction, de l'autre le droit de représentation, touts deux pourraient être retirés à l'auteur.

28. – Le droit de reproduction sur un animal modifié permettrait notamment de produire des copies de l'original, c'est-à-dire ses descendants, et vendre ainsi des animaux. Si l'on cherchait à créer des animaux esthétiquement originaux au sens du droit d'auteur, alors il s'agirait d'animaux de compagnie modifiés pour des considérations esthétiques, par exemple une nouvelle espèce de chats verts à pois jaunes. « *Les interventions chirurgicales destinées à modifier l'apparence d'un animal de compagnie ou à d'autres fins non curatives doivent être interdites* » nous dit la convention, elle vise ensuite les interventions esthétiques. Pour autant, seule est applicable dans notre droit la version française qui n'interdit pas expressément l'intervention à des fins purement esthétiques. Bien que la seule sanction soit pénale, donc interprétée strictement, et consiste en une amende prévue par les articles R. 215-5-1 et R. 215-5-2 ; il n'est pas inimaginable, mais simplement très improbable puisque cette possibilité n'est pas prévue par les dispositions réglementaires, qu'un juge se prononce pour la sortie d'un tel animal du commerce. Dans ce cas, les « exemplaires » ne pourraient être vendus. Tout cela est très théorique.

29. – En revanche pour ce qui est du droit de représentation, les chimères relèveront peut-être de la prohibition des spectacles de monstres des articles R. 214-84 et R. 214-85 du Code pénal[26]. Est prohibée la participation d'animaux chirurgicalement ou médicalement modifiés (sauf pour raison de santé) à des spectacles publics. Il y a deux droits d'auteur qui permettent de maîtriser l'exploitation : le droit de reproduction, effectuer des copies, le droit de

26 Jacques LEROY, « L'animal de cirque protégé pour lui-même », *Loc. cit*.

représentation, faire payer la présentation de l'oeuvre au public. La notion de spectacle public pourra recouvrir le droit de représentation. Ainsi toute représentation publique de l'animal-oeuvre (du moins une grande partie d'entre elles) pourrait être interdite. Seulement pour cela il conviendrait d'interpréter le texte de manière plus large, encore une fois en assimilant la modification génétique de l'animal, qui s'opère en général avant sa conception, à la modification chirurgicale ou médicale, qui s'opère en général après la naissance. De nouveau, le texte ne vise pas expressément la modification génétique, mais uniquement les modifications chirurgicales et médicales. L'assimilation serait certainement une interprétation fidèle à l'esprit de la loi, cependant la loi pénale est d'interprétation stricte. De même, le droit de reproduction, le droit de vendre des « exemplaires » de l'animal modifié, ne serait pas non plus couvert par ces derniers articles qui n'interdisent que la « participation à des spectacles publics ».

30. – Il nous semble donc que les modifications génétiques préimplantatoires ne seraient pas couvertes par la prohibition des spectacles de monstres, ainsi que par la prohibition de vente d'animaux de compagnie. La question est toutefois ouverte au débat.

2) La création interdite de chimères humaines

31. – Un homme dont une valve du cœur a été remplacée par celle d'un porc est-il une chimère ? Un porc génétiquement modifié pour produire du sang humain est-il une chimère ? Autrement dit où commence la chimère et où s'arrête l'espèce ?

Altérer le patrimoine génétique de l'humanité, même de manière infime, est interdit et lourdement sanctionné, voyons-le en premier lieu. Créer des chimères partiellement humaines est interdit, mais les sanctions ne sont pas évidentes à trouver ; quant aux chimères non humaines, leur création semble parfaitement légale, sous réserve, évidemment, de respecter les règles sur l'expérimentation animale sus-énoncées, voyons-le en deuxième lieu.

32. – Il est interdit d'altérer volontairement le patrimoine génétique de l'humanité. Certes, l'information génétique de l'humanité n'est pas appropriable, nous l'avons dit, ce qui n'a pas empêché le législateur de parler de « patrimoine commun de l'humanité »[27]. Ainsi, les articles 16-1 et suivants du Code civil empêchent-ils quiconque de se rendre propriétaire du corps

27 L'information génétique ferait partie des *res communis* de l'article 714 du Code civil (ainsi que le prétend Xavier LABBÉE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », D. 1999. 437), ces choses dont tous peuvent jouir sous réserve de respecter les règles d'ordre public, choses auxquelles on ne peut porter atteinte.

humain ou d'un de ses produits, et d'autre part empêchent-ils l'altération du code générique.

Les généticiens sont des apprentis sorciers qui n'ont pas une maîtrise absolue de leurs essais. Une modification d'un être humain risque de se répercuter sur sa descendance, d'où un véritable risque de pollution du génome. Pourtant, une lecture stricte de l'article 16-4 alinéa 4 du Code civil conduirait, selon une partie de la doctrine[28], à considérer que seule la modification réalisée dans l'intention qu'elle se répercute sur la descendance serait prohibée.

> Art. 16-4 alinéa 4 du Code civil : « *Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.* »

L'article laisserait la voie ouverte à toutes autres modifications génétiques d'un individu qui se transmettrait de manière fortuite ou même de manière accessoire, c'est-à-dire sans que ce soit l'objectif premier, à la descendance. Hypothèse d'autant plus plausible que la modification des cellules d'adultes est désormais possible.

33. – Pour ce qui est du code génétique de l'animal la seule disposition pertinente est issue de l'article 8.g de la Convention internationale sur la biodiversité[29] selon lequel l'État signataire :

> « *Met en place ou maintient des moyens pour réglementer, gérer ou maîtriser les risques associés à l'utilisation et à la libération d'organismes vivants et modifiés résultant de la biotechnologie qui risquent d'avoir sur l'environnement des impacts défavorables qui pourraient influer sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine ;* ».

34. – Qu'en est-il des chimères ? La préservation de la pureté du génome, bien qu'elle ait quelques consonances eugéniques, n'interdit pas en elle-même la création de chimères. Tout d'abord, précisons que d'un point de vue strictement juridique la chimère humaine serait un animal et non un être humain. C'est du moins l'interprétation que monsieur Delage[30] fait de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, interprétation qui reste très discutable. En qualifiant les embryons mi-humains mi-animaux de « chimériques », la loi du 7 juillet 2011 exclurait la qualification d'embryon « humain ». Les conséquences sont nombreuses : la recherche sur, la commercialisation et le clonage de ces embryons ne seraient

28 Xavier LABBAY, *Loc. cit*.
29 Convention sur la diversité biologique des Nations unies, 1992.
30 Pierre-Jérôme DELAGE, « Chimère de la bioéthique » *in Science-fiction et science juridique*, dir. Pierre-Jérôme DELAGE, IRJD éd. . coll. Les voies du droit, 2013, actes du colloque des 13 et 14 oct. 2011 organisé par la RERDH, Limoges, p. 107-121.

alors pas interdits (par les articles 511-17 et suivants du Code pénal) ; tout comme ne seraient pas applicables l'interdiction de porter atteinte à l'espèce humaine (articles 16-1 et suivants du Code civil), ni l'interdiction d'exploiter des embryons humains (articles L. 2151-3 et suivants du Code de la santé publique)[31]. Le principal intérêt de cette interprétation doctrinale serait de permettre la production de sang et d'organes humains à l'intérieur du corps d'animaux. Encore que, selon nous il faille considérer que l'interdiction de la commercialisation du corps humain porte sur « les éléments du corps humain » de manière générale (article 16-1 du Code civil) ; y compris ceux créés à l'intérieur du corps d'un animal.

Les deux visions nous semblent toutes deux valables, trancher entre elles ne devrait être qu'une question d'opportunité du juge selon que l'affaire qui lui est soumise porte plus ou moins atteinte aux bonnes moeurs. L'ouvrage d'anticipation[32] *La planète des singes* récemment revisitée par le réalisateur Rupert Wyatt dans son film *Les origines*, présente un singe dont le cerveau a été modifié pour s'approcher du cerveau humain. Une telle chimère serait bien plus proche de l'Homo Sapiens Sapiens que ne l'est le porc au sang humain[33].

35. – Ainsi la seule barrière qui soit certaine pour se dresser contre la création de chimères nous paraît être l'impossibilité de breveter une chimère moitié humaine moitié animale. L'ordre public et les bonnes mœurs s'y opposent, tout comme un certain nombre de dispositions. Le considérant 38 de la directive 98/44/CE[34], est très explicite sur ce point, mais n'acquiert de force juridique qu'à travers l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle. Cependant, ils ne permettent que d'empêcher l'attribution d'un brevet et nous semblent limités aux chimères partiellement humaines, et non pas à toutes les chimères qui pourraient être exclusivement constituées d'animaux.

> Considérant 38 de la directive 98/44/CE : « *Les procédés dont l'application porte atteinte à la dignité humaine, comme par exemple les procédés de production d'êtres hybrides, issus de cellules germinales ou de cellules totipotentes humaines et animales, doivent, bien évidemment, être exclus eux aussi de la brevetabilité.* »
>
> L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle : « *Ne sont pas brevetables les*

31 L. 2151-3 du Code de la santé publique : « *Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles.* ».

32 L'anticipation est un sous-genre de la science fiction qui utilise les archétype du monde moderne pour en tirer des réflexions, philosophiques pour la plupart.

33 Par Sapiens sapiens, issue de l'ancienne classification de l'homme moderne, j'entends souligner ici que ce qui importe est la faculté de penser et de conscience. À quoi servirait la personnalité juridique sinon à permettre la vie en société d'un individu susceptible de l'exercer et la faculté pour lui de participer au fonctionnement d'une civilisation ? Dans la positive, un animal devenu humain sera protégé comme tel.

34 Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire. »

Le seul fait de préciser que la prohibition vise les chimères humaines nous amène à penser que la chimère purement animale pourrait être acceptée par l'ordre public et les bonnes mœurs, ce qui reste discutable.

L'article L. 2151-2 alinéa 2 du Code de la santé publique est certes très claire lui aussi, il vise autant les chimères purement animales que les chimères partiellement humaines, il est de plus directement applicable ; cependant, il ne dispose d'aucune sanction véritable, sauf, peut-être, à sortir la chose du commerce[35] ou bien à servir de fondement pour le refus par l'administration de l'autorisation du projet d'expérimentation animale. En dépit de ses termes généraux, ne doit-il pas être interprété restrictivement, à la lumière de la directive – qui limite l'interdiction aux chimères à base humaine – et eut égard au sujet de protection du Code de la santé publique qu'est la personne ?

Article L. 2151-2 alinéa 2 du Code de la santé publique : « *La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite.* ».

L'article 16-1 du Code civil est, quant à lui, réservé à la personne humaine, si l'on doit considérer que la chimère n'est pas un humain mais un animal, alors les dispositions des articles 16-1 et suivants ne devraient pas être applicables.

Article 16-1 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* »

36. – C'est donc bien par l'impossibilité de breveter la création chimérique que le droit sanctionne pareille pratique. En droit d'auteur, ce n'est qu'au stade de l'exploitation que l'ordre public sera pris en compte, les dispositions spéciales de l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle, sus-évoquées, qui empêchent la brevetabilité de l'humain et éventuellement des chimères, n'atteignent pas le droit d'auteur. Les deux droits sont strictement indépendants. Par exemple, les œuvres pornographiques sont protégées par des droits d'auteur, seule leur diffusion publique est soumise à une réglementation particulière.

35 *Cf supra*, n° 22.

L’ordre public va limiter l’exploitation et l’exécution de l’oeuvre, mais ne va jamais faire obstacle à l’attribution de droits d’auteur dans la mesure où ces considérations floues sont susceptibles d’évoluer à travers le temps.

Il serait sage de réserver une analyse spécifique à la question de l’être humain chimérique dont la création risque davantage la contrariété à l’ordre public en vertu des dispositions des articles 16-1 et suivants du Code civil et l’article L. 2151-2 du Code de la santé publique, sus-évoqués. Une telle contrariété limite les possibilités de diffusion dans le commerce.

37. – La contrariété à l’ordre public ne fait-elle pas sortir l’oeuvre du commerce ? Comme le souligne monsieur Labbée[36] : « C*omment pourrait-on reconnaître à l’auteur de cet être nouveau un droit de propriété, puisque son évolution ressort d’une opération interdite ?* ». Cependant, la prohibition expresse de l’article L. 611-17 est doublement limitée : au brevet et au territoire français. Quelques pays admettent de telles créations[37]. D’autant plus que la chambre criminelle de la Cour de cassation admet que l’on puisse se plaindre du vol d’une chose dont la détention est illégale, donc se plaindre du vol d’une chose hors commerce[38]. Par extension on devrait donc pouvoir se plaindre de la contrefaçon d’une œuvre dont l’exécution est contraire à l’ordre public.

38. – Ainsi, nous avons démontré qu'il n'y avait pas d'obstactle infranchissable à l'appropriation des créations génétiques, ni l'expérimentation, ni même leur exploitation commerciale. Il reste qu'une exploitation efficace nécessitera le recours aux droits de la propriété intellectuelle, plus précisément au droit d'auteur, qui nous semble plus pertinent.

36 Xavier LABBÉE, « Esquisse d’une définition civiliste de l’espèce humaine », D. 1999. 437.
37 Jérôme DELAGE, Loc. cit.
38 Notamment le vol d'une chose hors commerce et dont la détention est illicite tel que les stupéfiants selon Cass. crim. 5 nov. 1985, Bull. crim., n° 340, n° 5-94.640.

Partie 2 : l'appropriation intellectuelle de la chimère hors brevet

39. – Cette précédente introduction, bien qu'accessoire au sujet d'étude, reste indispensable pour justifier l'appropriation de l'information génétique par un droit de la propriété intellectuelle. À notre connaissance, aucune décision de justice n'a pour l'instant confirmé qu'une création génétique puisse être protégée par le droit d'auteur[39]. L'approche part donc de la théorie vers la pratique. L'appropriation d'une création génétique par le droit d'auteur nécessite de garder à l'esprit une distinction fondamentale, celle faite en matière de logiciel. Le droit commun du droit d'auteur protège les œuvres de l'esprit de manière générale. Certaines d'entre elles bénéficient d'un régime juridique spécial. C'est le cas des programmes d'ordinateur. Mais que faire lorsqu'une œuvre est composée à la fois d'élément soumis au régime spécial et d'autres qui n'y sont pas soumis ? Par exemple, un logiciel est composé de lignes de programmation, il est aussi composé d'une interface graphique, d'icônes, d'images, de textes, de musiques et de sons, tous pouvant être protégés par le droit commun du droit d'auteur, seul le premier est soumis au régime spécifique.

40. – La solution est la suivante, à chaque élément est appliqué son régime spécifique de manière indépendante : au programme le droit spécial des programmes, aux autres œuvres le droit commun. De sorte qu'il puisse y avoir à la fois un droit d'auteur sur une chimère en tant qu'oeuvre, notamment son aspect extérieur ; mais aussi un droit d'auteur spécifique pour la création du code génétique de la chimère. Bernhard Bergmans distingue ainsi « œuvres biologiques » qu'il rattache aux œuvres classiques et « œuvres génétiques » qu'il rattache aux programmes d'ordinateur[40].

Cette solution a d'abord été dégagée en droit français pour un jeu vidéo dans l'affaire *Cryo*[41],

39 Seule la décision rendue dans l'affaire Van Cleef & Arpels se risque à utiliser la formule « code génétique », mais pour désigner l'originalité en droit d'auteur : CA Paris, 14 septembre 2012, n° 10/01568, les défendeurs arguaient que « *le style Van Cleef & Arpels est caractérisé par l'usage de formes le plus souvent figuratives, asymétriques ou inspirées de différents univers et que ce style et les codes esthétiques qui en découlent sont ses codes génétiques' lesquels génèrent un lien de parenté entre les différents bijoux de la marque* », la Cour d'appel leur a donné raison en déboutant le demandeur ; confirmé en cassation : Cass. Civ. 1re, 19 décembre 2013, n° 12-26.409.

40 Bernhard BERGMANS, *La protection des innovations biologiques . Une étude de droit comparé, Bruxelles*, Maison Larcier, 1991, p. 412 : « les "œuvres génétiques" pourraient être classées parmi les œuvres littéraires », « Les instructions génétiques sont d'ailleurs similaires à des programmes informatiques qui sont également considérés comme des œuvres littéraires ».

41 Cass. civ. 1re, 25 juin 2009, n° 07-20.387, *Cryo*.

et confirmé par la CJUE : d'abord pour un logiciel en 2010[42], puis pour un jeu vidéo dans l'affaire Nintendo de 2014[43]. Il faut bien garder à l'esprit la distinction : à l'aspect extérieur, soit la chimère elle-même, le droit commun du droit d'auteur, à son code génétique le droit spécial des programmes d'ordinateur.

Il conviendra donc d'étudier d'abord la protection de la création génétique en tant qu'oeuvre relevant du droit commun du droit d'auteur (I) ; puis par des droits spéciaux de la propriété intellectuelle, et en particulier le droit d'auteur spécial des programmes d'ordinateur (II), et ce pour critiquer l'incohérence de l'insertion des créations génétiques dans le champ de la brevetabilité.

A) Application au code génétique du droit commun du droit d'auteur

41. – Il convient de distinguer les créations issues de notre logique, hémisphère gauche du cerveau humain, de celles issues de notre créativité, hémisphère droit. Le brevet d'invention d'abord, le droit d'auteur sur une oeuvre ensuite. Pourtant la créativité comme l'inventivité ne sont pas des produits bruts de l'un ou l'autre de ces hémisphères, le travail intellectuel qui conduit à la création et, *in fine*, au droit de propriété intellectuelle, est sensiblement similaire dans l'invention et dans l'oeuvre.

En génétique, tout part d'une découverte ou d'une idée. Si cette idée peut être mise en œuvre pour solutionner un problème technique, nous sommes sur la piste d'une invention, si elle est mise en forme avec goût et selon la sensibilité de celui qui crée, nous sommes sur la piste d'une œuvre protégée par le droit d'auteur.

42. – En établissant tout d'abord les conditions d'octroi du droit d'auteur (A), les créations génétiques ne semblent pas exclue ; elles sont même bien assez originales si l'on s'intéresse à la conception chimérique (B).

1) Les conditions d'octroie du droit d'auteur

43. – Salvador DALI a souhaité rendre hommage à la découverte du 25 avril 1953, celle de l'ADN par Watson et Crick. L'oeuvre « Alacidalacidesoxyribonucleicacid » de 1963 représente à la fois Dieu, des séquences d'ADN et des hommes. Transparaît alors le lien entre

42 CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *Bezpenostní softwarová asociace*, confirmée dans l'arrêt CJUE, 2 mai 2012, *SAS Institute Inc. c/ world programming Ltd*, C-406/10

43 CJUE, arrêt du 23 janvier 2014, *Nintendo e.a*., C-355/12.

l'homme et Dieu. L'ADN est donc sujet d'art, mais est-ce un objet d'art ?

44. – **Qu'est-ce qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur ?** Pour qu'il ait un droit d'auteur, encore faut-il qu'il y ait un auteur. Voilà pourquoi les premières dispositions du Code de la propriété intellectuelle sont dédiées à l'auteur et à la nature du droit d'auteur, l'oeuvre étant reléguée à la seconde place, soit les articles L. 112-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Leur énonciation sera utile.

> Art. L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* »

45. – Chose étonnante, le premier article ayant pour rôle de fixer les conditions d'octroi d'un droit d'auteur fixe plutôt les conditions qui sont indifférentes à l'attribution d'un droit d'auteur, les considérations qu'il n'est pas pertinent de prendre en compte.

L'indifférence du mérite signifie qu'un droit d'auteur est attribué peu importe les investissements en temps et en finance ou encore la qualité du résultat.

L'indifférence du genre signifie que le droit d'auteur est attribué peu importe que l'oeuvre soit classique, gothique, rock, de mauvais goût, voire même contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le droit d'auteur est alors en opposition avec le droit des brevets qui, lui, exige le respect de l'ordre public pour l'octroie d'un droit de propriété intellectuelle.

Le considérant 14 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques rappel qu'il faut distinguer la faculté d'exploiter de la faculté de déposer, la première pouvant être entravée sans que la seconde ne soit atteinte par la prohibition. Comme nous l'avons sus-évoqué, la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs n'empêchera pas la création d'être protégée contre la contrefaçon.

L'indifférence de la destination renvoie à la théorie de l'unité de l'art : peu importe que l'oeuvre soit destinée à une exploitation industrielle ou à une exposition artistique. Peu importe aussi qu'elle soit condamnée à demeurer dans l'ombre, ainsi que le rappel l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle[44].

Enfin, l'indifférence de la forme d'expression signifie que l'oeuvre peut aussi bien être

44 Art. L. 111-2 du CPI : « *L'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.* »

formalisée sur des supports matériels classiques — sculpture sur marbre, écrit sur papier, peinture sur toile — que sur des supports plus contemporains — support électronique, sculpture éphémère. Pourquoi ne pas utiliser l'animal ou le corps humain comme support d'une œuvre ? Dans le *body art*, le corps humain est autant le support de l'oeuvre que son sujet d'inspiration.

A contrario, admettre toute forme d'expression conduit à exiger une formalisation. L'oeuvre n'est pas protégée tant qu'elle reste à l'état d'idée, non mise en œuvre. Cette condition de forme est très large, puisque même les formes très éphémères sont admises, des discours, des spectacles, voire de simples synopsis ou autres œuvres inachevées. Comme le souligne monsieur Clavier, la présence d'une forme en matière génétique ne présente pas de difficulté en droit français[45].

> Jean-Pierre CLAVIER[46] : le travail du généticien « *pour communiquer sa création à ses destinataires consiste à réécrire le programme génétique situé au cœur de l'organisme vivant pour refléter sa nouvelle matérialité* ».

46. – L'article L. 112-2 se contente de dresser une liste d'exemples d'oeuvres de l'esprit, il convient d'en relever quelques-unes : les œuvres graphiques et typographiques, ainsi que les logiciels. L'article L. 112-3 du CPI ajoute à cette liste les bases de données qui sont particulièrement pertinentes en matière de recherche génomique :

> Les « *anthologies ou [..] recueils d'oeuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.*
>
> *On entend par base de données un recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen.* »

47. – Enfin la condition substantielle et incontestable du droit d'auteur, la condition d'originalité, est reléguée à une place accessoire, celle de l'article L.112-4, le dernier de ce chapitre du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agit de l'article qui consacre la protection des titres des œuvres de l'esprit.

---

45 En droit anglais, la fixation de l'oeuvre est nécessaire. En droit français elle permettra de prouver l'identité de l'auteur.

46 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, *op. cit.*, p. 251, n° 354.

Art. L112-4 alinéa 1 du CPI : « *Le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même*. »

48. – Il y a un siècle, il fallait encore que l'oeuvre soit le reflet de la personnalité de l'auteur. Une part de son âme. Le romantisme de cette vision s'est atténué au contact de la vision anglo-saxonne du copyright qui accordait, jusqu'à très récemment[47], une protection dès lors que l'auteur ne s'était pas contenté de copier quelque chose de préexistant. Ainsi, il faut désormais mettre en forme une idée de manière originale, c'est-à-dire en y apportant une touche personnelle. L'exigence est plus importante que l'ancienne condition anglo-saxonne : plus qu'un apport de l'auteur c'est l'apport personnel, ou la touche personnelle, qui est exigé, sans aller jusqu'à exiger une part de l'âme de l'artiste.

2) Les conceptions chimériques originales en génétique

49. – Qu'en est-il des chimères ? La Cour d'appel de Paris a admis qu'une chimère eut été une œuvre digne de la protection par le droit d'auteur, il s'agissait alors de montages photographiques.

Selon la Cour d'appel de Paris[48] : « *Considérant que s'il est constant que, si l'idée d'une « chimère » constituée d'un corps humain sur lequel est placée une tête d'animal et la représentation anthropomorphique ne sont pas protégeables, les idées étant de libre parcours, en revanche, leurs formalisations, dès lors qu'elles portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur, sont protégeables par le droit d'auteur ;* »

Ainsi la formalisation, c'est-à-dire les différentes photos réalisées et leur assemblage, est protégeable. De même, ajoute la Cour d'appel de Paris, « la composition de la "chimère" », tout comme la composition du cliché et la lumière adoptée, révèlent une originale et donc « bénéficient incontestablement de la protection par le droit d'auteur ; »[49]. C'est donc bien la composition de la chimère elle-même qui est protégée, c'est-à-dire les choix des différents « morceaux » et leur assemblage en un être unique qui fait l'objet du droit d'auteur, entre autres.

47 CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, C-5/08 ; CJUE, 1er mars 2012, *Football Dataco e.a.*, C-604/10.

48 CA Paris, 14e ch. B, 7 nov. 2008, *SA Editrice du Monde c/ SAS TBWA*, com. par Asim SINGH, « Conditions de la protection de la formalisation d'une idée », JCP E., n° 14, 2 Avril 2009, p. 1333.

49 « *La tête de l'animal photographié de face ou de profil est placée dans l'encolure d'une chemise dont le col blanc sort de l'encolure d'une veste d'homme de couleur foncée, une cravate à rayures complétant cet habillement ; que ce costume donne à la "chimère" un aspect strict et solennel contrastant avec la tête de l'animal reproduite de manière réaliste ;* »).

Le principe d'indifférence de la forme d'expression nous conduit à admettre qu'une chimère conçue par des moyens génétiques pourra être protégée par droit d'auteur. Tout comme celle, d'ailleurs, conçues par des moyens chirurgicaux ; mais alors gare à la réglementation évoquée dans la partie introductive.

50. – En l'occurrence, c'est l'aspect final de la création qui serait protégée par le droit d'auteur. Notre objectif est d'aller plus loin encore pour démontrer que la nouvelle chaîne de séquences d'ADN est également protégeable. Sans avoir besoin d'aller jusqu'à la conception d'une chimère, il faut se demander si des créations génétiques plus modestes pourraient être appréhendées par le droit d'auteur. Selon Hélène Gaumont-Prat[50], le droit des brevets a été préféré au droit d'auteur ou à un droit spécial par souci de simplicité, c'est donc que si l'on caractérisait une originalité dans la conception génétique, celle-ci pourrait être protégée par le droit commun du droit d'auteur.

> Hélène Gaumont-Prat, (*Idem*.) : « *Le droit d'auteur a été écarté car le patrimoine génétique d'une personne ne se résume pas à l'information génétique mais se caractérise surtout par sa composition chimique. L'idée d'instaurer une protection particulière* (J.-Ch. Galloux, Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique : thèse Bordeaux, 1988) *a été écartée, pour éviter la multiplication de régimes spécifiques dont l'articulation risquait d'être malaisée. Malgré les spécificités du vivant, c'est le droit des brevets qui a été la solution retenue suite à la position prise par l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle* (AIPPI) *en mai 1985 à Rio. L'OCDE avait réuni un groupe d'experts qui avaient rendu un rapport en ce sens (OCDE, Biotechnologies et protection par brevet, une analyse internationale : Paris, 1985). L'Organisation mondiale de la propriété industrielle* (OMPI) *avait rendu également un rapport dont les conclusions sont sensiblement les mêmes que celles de l'OCDE* (OMPI, Revised Suggested Solutions Concerning Industrial Property Protection of Biotechnological Inventions : document Biot/ce/IV/3/OMPI, Genève 1988). *La directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* (Journal Officiel des communautés européennes 30 Juillet 1998) *le réaffirme au considérant 8 en soulignant que le droit national des brevets reste la référence essentielle pour la protection juridique des inventions biotechnologiques étant entendu qu'il doit être complété sur certains points spécifiques pour tenir compte de l'évolution de la technologie faisant usage de la matière biologique* ».

51. – Sans aborder dès maintenant la question du code génétique et du code informatique, il faut chercher à protéger davantage que le simple aspect extérieur. L'animal lui-même

50 Hélène GAUMONT-PRAT, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain . Inventions biotechnologiques et contexte socio-juridique », JurisClasseur Brevets, Fasc. 4240, 3 février 2012, § n° 8.

pourrait être une œuvre originale. On entend par là son fonctionnement intérieur, ses éléments non perceptibles au premier regard, mais qui restent soumis au choix discrétionnaire du généticien, donc laissant une part d'expression à sa touche personnelle.

D'ailleurs, peu importe ici que l'on procède par des moyens génétiques ou par des croisements d'espèces, méthode plus classique. Il s'agit alors soit de modifier génétiquement la créature, soit de procéder à l'insémination et la fusion de gamètes de deux espèces mais sans modification génétique. C'est une application du principe d'indifférence du mérite sus-évoqué : la méthode employée pour obtenir telle ou telle forme animale est indifférente. L'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle[51] rejette la brevetabilité des races animales, il ne trouve pas à s'appliquer en matière de droit d'auteur. Ainsi la création d'une race animale « originale » devrait pouvoir être protégée. Analyse confortée par l'idée qu'il a fallu une disposition spéciale pour interdire une telle brevetabilité, c'est donc qu'en principe la création d'une race comme solution technique à un problème technique devrait être brevetable. À défaut de disposition spéciale similaire en droit d'auteur, il faudrait reconnaître que la création d'une race créée selon le choix, par son auteur, des différents géniteurs au regard à leurs spécificités, puisse être originale.

Il nous semble pertinent d'extrapoler les positions doctrinales, sur l'attribution d'un droit d'auteur aux variétés végétales, aux races animales. Selon Monsieur Frey-Godet[52], ce qui fait obstacle à l'attribution d'un droit d'auteur à un horticulteur créant une nouvelle variété végétale, est sa trop faible emprise sur le résultat, le résultat dépendant excessivement des possibilités offertes par la nature, de sorte que le résultat revendiqué comme original aurait pu apparaître par hasard dans la nature. « *Il ne peut obtenir que ce que la nature est prête à lui donner*. »[53]. Monsieur Matthey ajoute qu'il n'y a « qu'un assemblage heureux de propriétés préexistantes, à l'état potentiel tout au moins, dans les végétaux qui représentent la matière première dont il use »[54]. Ce à quoi monsieur Bergmans répond très justement dans son étude en reprenant les propos de monsieur Vaunois : « On pourrait répondre que le sculpteur ne crée rien sans prendre ses éléments dans la réalité et sans subordonner sa technique à la matière »[55].

51 L.611-19 du CPI : « *I. - Ne sont pas brevetables :*
1° Les races animales ; […]. »
52 B. FREY-GODET, « De la protection des nouveautés végétales », Propr. Ind. 1923, p. 31 et s.
53 *Ibidem.*
54 B. BERGMANS, *Op. cit*., citant MATTHEY, *Les brevets de végétaux*, thèse, Lausanne, 1954, p. 26-27.
55 *Idem.*, citant A. VAUNOIS, « Lettre de France », Dr. Aut. 1931, p. 30-31.

Les créatures de la mythologie sont un mauvais exemple, car depuis longtemps tombées dans le domaine public. En revanche, seraient originales des créatures imaginaires composées d'éléments existants, comme les chimères énoncées précédemment, ou plus encore des êtres entièrement créées. De nombreux exemples apparaissent dans la littérature fantastique, plus encore dans la science-fiction, le cinéma, les jeux vidéos. Par exemple, la célèbre série animée *pokemon* comporte une diversité de 719 races.

52. – Certains argueront que le code génétique, en lui-même, n'est pas protégeable par le droit d'auteur pour la simple, mais mauvaise, raison qu'il ne s'agirait que d'une composition chimique. L'argument a longtemps était opposé pour exclure de la protection des photographie, simple procédé chimique de fixation des photons de lumière ; des parfums, voire les recettes de cuisine. Or, désormais, les créations photographiques font parties intégrante des œuvres couvertes par le droit d'auteur. À vrai dire, c'est tout l'univers impalpable, sinon par l'action de l'odorat et des papilles, qui est discriminatoirement rejeté de la protection du droit d'auteur[56]. Les créations culinaires et de parfums ne seraient pas interprétables par les nobles sens que sont l'ouïe et la vue. Les nombreux arrêts sur la question reprennent cette idée simple selon laquelle un élément purement issu de la nature n'est pas protégeable à défaut d'originalité. Mais un parfum est-il vraiment un pur produit de la nature ? Comment exprimer de manière personnelle une idée dans une telle création ? Une simple composition chimique offre des possibilités de personnalisation assez faible, contrairement aux gènes.

> Bernhard BERGMANS[57] : « *Mais un gène constitue plus qu'une simple composition chimique : on n'est en effet pas en présence d'une structure (même complexe) répétée, mais d'une information (ou d'un message) non cyclique, où l'élément important ne réside pas dans la formule chimique, mais dans l'aménagement des différents éléments (les quatre bases), en tenant en outre compte de l'environnement cellulaire*. ».

53. – C'est un faux argument que de brandir l'inaccessibilité de l'« oeuvre génétique » aux sens. Les programmes d'ordinateur ne sont accessibles aux sens qu'après transformation par la machine, la partition doit être lue et jouée. Le code génétique doit être implanté dans une cellule et se multiplier avant d'affecter sensiblement une créature.

56 O. LALIGANT, « Des oeuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », RRJ 1992, n° 1, p. 107-108.

57 Bernhard BERGMANS, *La protection des innovations biologiques . Une étude de droit comparé*, Bruxelles, Maison Larcier, 1991, p. 84.

Le véritable obstacle à l'attribution d'un droit d'auteur est en fait le manque d'originalité[58]. En matière de création animale comme végétale, souvent le créateur a des possibilités bien limitées. C'est pourquoi il faille comparer création génétique avec d'autres objets appréhendés par la propriété intellectuelle et tout spécialement les programmes d'ordinateur.

54. – Résumons ce point fondamental sur la protection des chimères. Tout comme en matière de génétique, en matière de logiciel il faut distinguer la partie qui contient les lignes de programmation (les gènes, les instructions) de celle qui apparaît aux yeux du public, de l'observateur. La première fait fonctionner la machine (elle permet à l'être vivant de s'autoconstruire de telle ou telle façon), la seconde c'est la machine produite par ce code. Cette seconde nous venons de la voir : la créature en elle-même, son aspect, le son de son cri[59].

Toute la difficulté est de prouver que la liberté d'action du généticien a été suffisante pour qu'il puisse exprimer sa touche personnelle en choisissant véritablement, la forme, la texture, le son, et pourquoi pas l'odeur de l'animal. Chacun des éléments, et eux seuls, dont l'apport personnel aura été prouvé seront protégés par le droit d'auteur. Dessinez un cheval, avez-vous choisi personnellement la forme des sabots ? Alors cette partie est protégée. Vous êtes-vous contenté de reproduire des oreilles on ne peut plus classiques ? Alors cette partie n'est pas protégée.

55. – Il reste que toute cette structure est crée grâce à un plan, le code génétique, qui dans l'hypothèse où il aura été modifié génétiquement verra cette partie modifiée protégeable par un droit d'auteur distinct de ce résultat que sont la créature et son aspect. L'intérêt particulier est de pouvoir bénéficier de la jurisprudence qui assoupli l'exigence d'originalité en matière de du droit d'auteur appliqué aux programmes d'ordinateur.

B) *L'appréhension du code génétique par les droits spéciaux de la propriété intellectuelle*

56. – C'est tout particulièrement la comparaison avec les programmes d'ordinateur,

58 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p.249.

59 Après tout, le son d'une cloche ou la sonorité d'un orgue sont protégés par le droit d'auteur, pourquoi pas le cri d'un animal qui aura été créé par la modification d'un perroquet avec les gènes d'un coq ou de tout autre créature dans le but justement d'obtenir un son particulier qui aura été planifié.

protégé par un droit d'auteur spécial, qui nous intéresse ici (A), mais aussi quelques autres droits comme en particulier le droit des dessins et modèles et le droit *sui generis* des bases de données (B).

1) Protection du code génétique en tant que programme

57. – En droit français, les exigences en matière d'originalité se sont réduites, s'agissant des oeuvres d'art comme de l'art appliqué et même dans des domaines purement techniques. Tant et si bien qu'en 1986 la Cour de cassation a rendu l'arrêt dit *Pachot*[60] selon lequel le programme d'ordinateur d'un jeu vidéo pouvait être considéré comme étant une conception personnelle, donc protégée par le droit d'auteur. Nous ne parlons pas ici des graphismes du jeu, du rendu final du jeu, de l'éventuel scénario ou des règles qui sous-tendent son fonctionnement, non, il s'agit bien du programme d'ordinateur lui-même. C'est-à-dire des lignes de programmation, quelles soient sous forme binaire ou sous une forme compréhensible par le programmeur, l'homme. Ces lignes qui donnent à l'ordinateur ses instructions.

> Marie Catherine CHEMTOB-CONCÉ et Alain GALLOCHAT[61] : « *Le génome humain peut [donc] s'analyser en une information génétique, information qui s'adresse au corps tandis que le logiciel s'adresse au matériel informatique. De même que ce dernier, il s'exprime par l'intermédiaire d'un langage. Le chercheur, comme le programmateur pour le logiciel, à partir d'un langage de base, réécrit à sa façon e génome humain.* ».

Les deux codes relèvent donc du genre littéraire, « peu importe qu'il soit obscur, codé ou inscrit dans un nouveau système de notation »[62]. Il faut d'ailleurs comparer l'ADN avec une partition écrite par le généticien à partir des notes offertes par la nature, le tout ne pouvant s'orchestrer qu'à travers l'instrument de la vie[63].

Les programmes d'ordinateur sont depuis la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 expressément inclus dans les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. Le fait que ce ne soit pas le cas des créations génétiques justifierait un traitement différent certains membres de la

60 Cass. AP, 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot* ; *RTD Com*., 1986, p. 399, obs. FRANÇON (A.) ; *RID Admin*., juill. 1986, p. 136, obs. LUCAS (A.).

61 Marie Catherine CHEMTOB-CONCÉ et Alain GALLOCHAT, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'Homme*, éd. Lavoisier, Paris, 2e éd., 2004, p. 10.

62 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 249, n° 351.

63 J. DE ROSNAY, *L'aventure du vivant*, éd. Seuil . Coll. Science ouverte, 1998, p. 71-72.

doctrine[64]. Cependant rappelons que l'année précédant cette réforme, l'arrêt *Pachot*[65] avait déjà admis la protection de la forme d'expression codée qu'est le programme informatique par assimilation aux œuvres littéraires, sans le moindre fondement textuel particulier. De plus, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle précise bien que la liste d'oeuvres qu'il présente ne soit pas limitative.

58. – Pour comparer code génétique et programme d'ordinateur, il convient d'analyser si leurs ressemblances sont substantielles, puis si la génétique pourrait remplir les conditions d'obtention d'un droit d'auteur au sens des conditions spécialement exigées en matière de programmes d'ordinateur.

59. – **La génétique : une programmation comparable à l'informatique**. En génétique comme en informatique, nous somme face à un plan binaire : suites de bases puriques et pyrimidiques[66], suites de 1 et de 0. Ces éléments de base sont réunis en acides aminés et en octets. La modification d'un seul et unique octet ou acide aminé faussera l'intégralité du résultat, ainsi que l'a démontré monsieur SANGER concernant l'acide aminé 177[67].

> Franck Sérusclat[68] ajoute : « *On peut comparer cette combinaison à un code comme le sont le morse ou un langage ; ce code sert à ordonnancer les acides aminés considérés comme des briques capables de construire des protéines adaptées aux multiples fonctions nécessaires à la vie.* »

Cette image de « briques » est couramment reprise en droit d'auteur appliqué aux logiciels. En effet, le travail du programmeur consiste soit à créer de petites briques de programmation, des morceaux de logiciels dont chacun a une petite fonction, ou bien à assembler ensemble les briques selon un plan déterminé. Chacun de ces travaux de conception est considéré comme étant protégeable par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur. Si le généticien procède rarement, à notre connaissance, à la constitution des briques, tout son travail consiste à insérer une brique ou plusieurs briques préexistantes dans un ADN différent, il opère donc un travail d'assemblage. D'emblée, nous remarquerons une difficulté, là où en informatique ce travail d'assemblage doit être considéré comme relèvant du droit d'auteur, en génétique on y verra

64 Bernhard BERGMANS, *La protection des innovations biologiques . Une étude de droit comparé*, Bruxelles, Maison Larcier, 1991, p. 412

65 Cass. AP, 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot* ; RTD Com., 1986, p. 399, obs. FRANÇON (A.) ; RID Admin., juill. 1986, p. 136, obs. LUCAS (A.).

66 Franck SÉRUSCLAT, *Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Rapport au parlement, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 2000, p. 10, disponible sur : http://www.senat.fr/rap/o99-020/o99-020_mono.html.

67 *Idem*.

68 *Idem*.

une invention de combinaison. Jean Pierre Clavier s'insurgeait de cette différence de traitement. Là où notre position sera plus tempérée que la sienne et qu'il faille distinguer selon nous la combinaison inventive, qui relève du droit des brevets, de la combinaison originale, qui relève du droit d'auteur. Chacune peut être aussi bien présente en matière de création biologique que de création informatique.

60. – Nous pourrions distinguer la programmation informatique de la programmation génétique en remarquant qu'un langage de programmation est une création de l'homme, alors que le code génétique est issu de la nature. Mais dans les deux cas, les auteurs (le programmeur comme le généticien) utilisent des éléments préexistants à leur propre travail (des morceaux de génome ou des morceaux de langage) et ce pour programmer quelque chose de différent (une nouvelle créature ou un nouveau programme). L'informatique et la génétique ont donc d'indubitables ressemblances du point de vue de leur programmation. La seule donnée qui les distingue est que la génétique est préexistante à la technique humaine, alors que l'informatique est issue de la technique humaine. Le fait qu'ils utilisent tous du matériel de conception préexistant, les rend identiques du point de vue du droit d'auteur, peu importe que ce matériel soit issu de la nature ou non. Comme le souligne monsieur Labbée, le code génétique est une œuvre préexistante appartenant à Dieu ou à l'humanité tout entière, ainsi toute modification conduirait à des créations dites dérivées[69]. Cela est tout à fait juste, d'ailleurs un programme est aussi une œuvre dérivée d'un langage de programmation. En revanche, nul besoin il nous semble d'obtenir une autorisation pour modifier le code génétique ; les premiers hommes sont morts depuis bien plus de 70 ans, quant à Dieu, il ne nous semble pas qu'il dispose d'une personnalité juridique qui lui permettrait d'agir en contrefaçon.

61. – ***Pour approfondir : une approche technique de la programmation comparée à la génétique***. La conception d'un logiciel se construit par étape, la première étape est la conception d'un langage de programmation. La base fondamentale est une structure binaire, elle correspond aux bases ou lettres génétiques ATGC. Ces lettres sont assemblées en suites binaires appelée des séquences. Le processeur, machine vitale de l'ordinateur, va réagir d'une certaine façon à certaines séquences. Ces suites binaires vont constituer les combinaisons fondamentales, et remplir la fonction de calculs fondamentaux de l'ordinateur, on pourrait les rapprocher des acides aminés. Ce n'est ensuite qu'à partir de la combinaison de ces acides

69 Xavier LABBÉE, *Loc. Cit.*

aminés, de ces calculs fondamentaux, qu'un véritable langage de programmation va pouvoir être élaboré. Ces séquences de gènes forment les différents mots de vocabulaire du langage de programmation, à chacun de ces mots correspond une fonction particulière. Diviser le mot conduirait à lui faire perdre tout son sens. La fonction correspond à la définition du mot pour que l'on puisse comprendre son utilité. En informatique il y aura un mot pour dire « mettre le texte en gras », « afficher une fenêtre », ou plus simplement afficher « s » lorsqu'on appui sur la touche « s ». En génétique il y aura une fonction pour définir la couleur, l'aspect de telle partie du corps, la proportion de tel ou tel organe. Mais un langage n'est pas qu'une suite de vocabulaire, il y a aussi des règles d'écriture à respecter, la syntaxe. Mettre une suite de mots en vrac n'a jamais permis de donner des phrases, si par hasard cela arrivait, la phrase ne serait pas protégeable par le droit d'auteur puisqu'elle serait le seul fruit du hasard.

62. – Voici la matière première de l'« artiste » : le langage de programmation qui permet de passer à la seconde étape, celle de la programmation à proprement parler. Il s'agira de construire des phrases. En informatique les premiers programmes étaient des conceptions sur mesure, le programme était écrit ligne après ligne sur des dizaines de milliers de lignes, un véritable ADN était ainsi conçu à chaque fois. Puis, par souci d'économie, il fut décidé de créer de la matière informatique : les « modules ». Ils remplissent des fonctions beaucoup plus complexes. Pour créer un programme, il s'agissait d'associer plusieurs modules, adaptés parfois au gré des besoins. Désormais la plupart des logiciels sont construits sur la base de l'existant, ils n'en restent pas moins protégés par le droit d'auteur. Un logiciel sera simplement adapté, l'adaptation pourrait consister en un simple ajout d'une fonction au programme. Par exemple, l'ajout d'une fonction copier-coller, l'ajout d'une connexion avec un autre logiciel, etc. De la même façon, le généticien va pouvoir ou bien créer une véritable chimère avec de complexes modifications d'un génome préexistant, il crée alors un nouveau programme, ou bien simplement apporter une nouvelle fonction à une créature déterminée (il améliore un ancien programme).

63. – **L'ouverture d'une option entre deux solutions techniquement équivalentes : une exigence réduite d'originalité**. Depuis l'arrêt *Pachot*[70], des lois spéciales sont intervenues créant un régime spécial pour les logiciels : d'une part un droit d'auteur spécial pour les lignes de programmation, d'autre part un droit d'auteur normal pour les musiques, les graphismes,

70 Cass. AP, 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot* ; *RTD Com*., 1986, p. 399, obs. FRANÇON (A.) ; *RID Admin*., juill. 1986, p. 136, obs. LUCAS (A.).

les textes, etc.. Nous l'avons vu, cette distinction fondamentale est transposable au code génétique, le rendu final de l'aspect d'une créature pourra être protégé par le droit d'auteur, indépendamment de l'originalité de la structure génétique créée.

64. – En ce qui concerne le programme lui-même, bien que purement fonctionnelle cette œuvre qu'est le programme pourra être protégée. Il faudra cependant démontrer que le concepteur était face à un choix, dans l'écriture des lignes de programmation, et que son choix n'a pas été dicté par la logique (Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 373, n° 390) ou par le hasard.

> Jean-Pierre Clavier[71] : « *Le principe de l'exclusion de la protection des créations dont la forme est dictée par la fonction trouve à s'appliquer lorsque le couple forme-fonction est indissociable au point qu'une seule voie pour y parvenir ne soit possible.* ».
>
> Bernhard Bergmans[72] : « *Si l'expression d'une idée est inhérente à l'idée elle-même, c'est-à-dire s'il n'existe pas de formes alternatives d'expression, la protection par le droit d'auteur n'est pas accordée.* ».

A-t-on vraiment le choix entre deux options lorsque l'on souhaite un rendu final précis ? En informatique la réponse est positive. Par exemple, le *design* d'un *siteweb* pourra être structuré ainsi : nous souhaitons mettre une bannière comprenant le titre de site en haut, un menu avec des liens vers les différentes pages à gauche sous la bannière, ensuite le contenu du site à droite sous la bannière, enfin un pied de page tout en bas. Ce design aurait pu être protégé par le droit d'auteur normal s'il avait été original, tout comme l'aspect de la créature. Pour le concevoir, le programmeur sera face à plusieurs choix, par exemple créer les différents blocs rectangulaires selon les dimensions qu'il souhaite pour chacun des éléments. Puis il pourra indiquer où devra être placé chacun de ces blocs. En lieu et place de cette précédente solution, il pourra aussi créer un simple tableau de trois lignes et diviser la ligne centrale en deux cellules. Il entrera dans la ligne du haut le titre, dans la cellule de gauche le menu, etc. Pour un même rendu final, plusieurs programmes sont possibles.

Si l'« auteur » choisissait l'une ou l'autre de ces solutions de manière purement personnelle, alors il y aurait originalité ; en revanche s'il choisissait le style tableau parce qu'il est plus

71 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 261 n° 370.

72 Bernhard BERGMANS, *Op. cit.*, p. 412

simple, ou le style bloc parce qu'il est plus facile à modifier, alors ce choix serait purement technique, il n'y aurait pas attribution d'un droit d'auteur.

65. – Ainsi, dans une approche comparée entre informatique et génétique, pour protéger une création génétique par le droit d'auteur il faudrait, et il suffirait, de démontrer que le généticien avait le choix entre deux options techniquement équivalentes pour arriver à sa solution. Ce qui est le cas si on en croit les propos de Franck Sérusclat dans son rapport au parlement[73].

> Franck Sérusculat : « *Chaque chromosome est porteur de nombreux gènes originaux, mais il n'a pas de fonction propre pour autant. Il n'y a pas un gène qui soit porteur d'une finalité type, par exemple "yeux bleus". C'est la conjugaison des gènes de plusieurs chromosomes qui permettra à ce que ce caractère héréditaire apparaisse.* ».

L'acide aminé « leucine », par exemple, est aussi bien codé par le triplet UUA que par les triplets UUG, CUU, CUC, CUA et CUG. Le choix de l'un d'entre eux pourra être personnel, donc protégeable. Attention cependant, si l'originalité de la création réside dans ce seul choix précis de triplet, seule cette infime décision sera protégée par le droit d'auteur[74]. Nous remarquerons ici qu'il en est de même en matière de brevet[75].

Un droit d'auteur sur un tel élément est insignifiant. Il s'agira pour le généticien de démontrer que son choix personnel apparaissait dans le choix d'une structure beaucoup plus complexe afin de protéger l'intégralité de cette structure et non pas une infime et inutile partie. Il faudrait donc agir sur plusieurs morceaux de gènes différents pour modifier sensiblement un caractère, ce qui permet d'ailleurs une grande subtilité de modifications. C'est un nuancier infini d'yeux bleus, marrons ou verts qui s'offrira à l'artiste-généticien lorsque la technique le permettra. C'est aussi, espérons-le pour le droit d'auteur sur le code génétique, une diversité

---

73 Franck SÉRUSCLAT *Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Rapport au parlement, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, p. 9.

74 Depuis une jurisprudence CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *Bezpenostní softwarová asociace* ; Propriétés Intellectuelles, 2011, 39, p. 205, note Valérie-Laure BENABOU ; CCE, 2011, 5, comm. 42, Christophe CARON

75 Dans l'affaire du brevet sur l'hormone de croissance humaine, la Cour d'appel de Paris avait admis un brevet d'invention sur un plasmide, fragment d'ADN, permettant de faire produire l'HCH à une bactérie (CA Paris, 30 mai 1997, PIBD 1997, III, 489). Toutefois, par cette décision il s'est avéré qu'en présentant une découverte sous l'angle de ses intérêts techniques il soit possible de breveter non seulement une transgenèse déterminée, mais aussi le gène transféré, le transgène (Isabelle ZULIAN, *Le Gène saisi par le droit . La qualification de chose humaine*, éd. PUAM . Coll. Du Centre Pierre Kayser, Marseille, 2010, p. 249 n° 564). Pour contrebalancer cette situation, il faut préciser que le brevet sur le transgène ne porte que sur le transgène et non le reste du brin d'ADN (*Ibidem*, p. 273, n° 676).

suffisante de structures qui permettra d'atteindre une même nuance. Attention cependant, si un résultat absolument identique ne peut être atteint par deux modifications génétiques différentes, alors la comparaison avec la programmation sera vaine. Seul le résultat final pourrait alors être protégé, et non le code génétique. Pour cela il faut une option entre au moins deux solutions pour que puisse s'exprimer l'originalité. En revanche, le choix d'une nuance de couleur, même si elle s'avérait obtenable que par une unique combinaison de code, pourra être elle-même déterminante dans l'attribution d'un droit d'auteur sur le rendu esthétique final. Nous renvoyons ici au droit commun du droit d'auteur précédemment évoqué.

66. – Mais avoir des yeux bleus, une vue perçante, une ouïe fine, une meilleure apnée, ne sont-ce pas là de nouvelles fonctions ? En informatique, il s'agirait de la capacité de lire tel ou tel format de fichier, la possibilité de sauvegarder un document de travail toutes les dix secondes, etc. Ce choix d'une fonction est-il vraiment protégeable ? La jurisprudence est fixée au niveau européen par l'arrêt *SAS* de la Cour de justice de l'Union européenne rendue le 2 mai 2012 et selon lequel les fonctionnalités d'un programme d'ordinateur ne sont pas, en soi, protégeable. En effet, la fonctionnalité dans un logiciel ne serait qu'une idée, or selon un principe fondamental de la propriété intellectuelle, les idées sont de libre parcours. Il en est de même en génétique, à chaque morceau de gène il va falloir définir une fonction, tel ou tel gène est impliqué dans la pigmentation, la pigmentation est la fonction du gène. Pour Jean-Pierre Clavier, l'adjonction d'une nouvelle fonction à un animal relève du domaine des idées[76]. Or, il nous semble bien que seule la fonctionnalité elle-même relève du domaine des idées, tandis que l'adjonction d'une nouvelle fonction à un animal relève déjà d'une certaine formalisation puisque l'on procède alors à un assemblage, une composition qui pourra être originale. Voici notre position sur ce point : seul la fonctionnalité prise isolément nous semble relever du domaine des idées, l'adjonction d'une fonction à un logiciel ou à une créature représente déjà une formalisation. D'ailleurs l'auteur sus-évoqué rappel peu après que l'originalité peut résider dans le choix et l'ordre de présentation des matières[77]. »

76 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 279, n° 400

77 *Idem*, p. 280, n° 401.

2) Autres protections envisageables : le droit sui generis des bases de données et le droit des dessins et modèles

67. – Le droit de la propriété intellectuelle regroupe de nombreuses catégories, nous nous sommes concentrés sur le droit d'auteur et avons ainsi choisi d'écarter les droits de propriété industrielles. Pour autant, certains droits sont proches du droit d'auteur, les uns sont impertinents pour notre étude, d'autres sont à envisager. Parmi les droits voisins, seul celui bénéficiant aux producteurs de bases de données nous intéressera (il sera étudié en premier). Parmi les droits de propriété industriels, les dessins et modèles (étudiés en deuxième) et la topographie des semi-conducteurs (étudiée en troisième) présentent une proximité suffisante avec le droit d'auteur.

68. – **Les bases de données : faible probabilité d'un droit d'auteur et certitude d'un droit *sui generis* sur la recherche génétique**. D'abord, rappelons-le, protéger l'information génomique ne revient pas à s'approprier la vie. En effet, l'ADN n'est pas la vie mais une substance chimique porteuse de l'information génétique, ainsi que l'a admis la Division d'opposition de l'OEB le 8 décembre 1994 dans l'affaire sur la Relaxine[78].

69. – Sans approfondir le sujet il convient de remarquer que les recherches sur l'ADN consistent pour partie à dresser une carte génétique. Le référencement de chaque gène et la définition de ses propriétés est coûteux, de ce fait il sera protégé. Sans difficulté ce droit sui generis de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle pourra être attribué au producteur de la base de données génomiques, autrement dit le laboratoire de recherche.

> L. 341-1 du CPI : « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.*
>
> *Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs.* »

70. – Ce qui est donc protégé est l'investissement nécessaire à la constitution et au référencement de chacune des données génétiques contenues dans la nature. Il s'agit ici d'un droit spécial extérieur aux notions de brevetabilité et de droit d'auteur. En revanche, les données peuvent être sélectionnées pour figurer dans la base, et ensuite être disposées d'une

78 Division d'opposition de l'OEB, 8 décembre 1994, *Relaxine*, D. 1996, p. 44 note J.-C. GALLOUX.

manière originale, permettant d'attribuer un droit d'auteur sur cette configuration. C'est un droit d'auteur sur la façon de présenter les données ainsi sélectionnées, visé à l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, bien distincte du droit sui generis visé à l'article L .341-1 du même Code. Classiquement c'est l'annuaire téléphonique qui est concerné par le droit *sui generis*, un agglomérat d'informations, et le recueil de poèmes qui est concerné par le droit d'auteur, une fine sélection et disposition de données.

71. – Ce droit sui generis qui nous intéresse permettra au producteur d'interdire toute extraction substantielle, c'est-à-dire empêcher un tiers de copier ou donner accès à une part substantielle de ses données. Part substantielle qui doit être comprise du point de vue financier. Il faut saluer quelques initiatives comme celle du SNP Consortium qui s'est donné pour initiative de décoder l'intégralité du génome humain, de constituer donc une immense base de données génétiques humaines. Celle-ci serait, selon les déclarations du 15 avril 1999 d'Arthur Holden, son président directeur général de l'époque[79], ouverte à tous[80].

72. – **Le potentiel droit des dessins et modèles sur l'animal créé**. Le droit des dessins et modèle est un peu le petit frère du droit d'auteur, mais qui ne protège que l'aspect extérieur des choses. Il y a des conditions de protection réduites, mais aussi une protection moins forte et plus courte. Il s'agit de déposer un dessin ou un modèle tridimensionnel présentant un caractère esthétique propre et nouveau.

> INPI[81] : « *Un dessin ou un modèle est nouveau si aucun dessin ou modèle identique ou quasi identique n'a été divulgué avant la date de protection accordée à votre dépôt, c'est-à-dire la date de dépôt ou la date de priorité revendiquée. Divulguer consiste à rendre un dessin ou modèle accessible au public par une publication, un usage ou tout autre moyen (ex.: publicité, présentation en vitrine de magasin...).*
>
> *Le dessin ou modèle doit posséder un caractère propre, c'est-à-dire qu'il ne doit pas susciter une impression de déjà-vu dans son ensemble, par rapport à un dessin ou un modèle divulgué avant la date de protection accordée à votre dépôt.* »

73. – L'ADN est tridimensionnel, l'animal aussi. Mais attention, le droit des dessins et modèles ne s'intéresse pas à la structure fonctionnelle, uniquement à la structure esthétique.

79 Propos rapportés par Franck SÉRUSCLAT *Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Rapport au parlement, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, p. 140.

80 On parle à cet égard d'*open access*.

81 Yves LAPIERRE (dir. par), *Le dessin ou modèle . Tout ce qu'il faut savoir avant de déposer un dessin ou un modèle*, éd. INPI . Coll repère, mars 2013, p. 5 disponible sur : http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/brochure_dessin_ou_modele.pdf.

Dans la nature, l'aspect esthétique d'un animal a un rôle fonctionnel avant d'être esthétique. Les formes et les couleurs ne sont pas aléatoires, elles ont une fonction, toutes splendides qu'elles puissent être, la roue du pan et les ailles des papillons ont pour rôle d'intimider, d'effrayer, de camoufler. La modification de l'animale, pour être déposée, devra avoir un aspect esthétique indépendant de tout caractère fonctionnel. L'animal génétiquement modifié pourra avoir une forme à la fois esthétiquement propre et nouvelle : un chat vert à pois jaunes, pourquoi pas ?! À titre d'exemple, un modèle de melon a été déposé à l'OHMI[82].

74. – Il faudra que le dessin ou le modèle concerne un produit. Là il y a matière à discussion. Un animal est-il un produit artisanal ou industriel tel que l'exige l'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle ? N'est-ce pas plutôt un produit agricole ? Selon messieurs Greffe[83], la référence au produit industriel ou artisanal n'est pas limitative. Il suffit qu'il y ait une exploitation industrielle ou artisanale du dessin. En revanche les articles L. 511-1 et suivants exigent une fixité du dessin. Ainsi il faudra une certaine identité des résultats obtenus avec le dessin déposé, et non une simple approximation. Autrement dit, l'animal produit devra avoir un aspect suffisamment proche d'avec la version déposée.

Pour l'OHMI[84], « les organismes vivants ne sont pas des "produits" »[85]. Donc ils ne pourraient être déposés comme modèle contrairement à ce que prétendaient messieurs Greffe. Pourquoi cette position ? Dans l'affaire des *heart-shaped tomatoes*, les tomates en forme de cœur, la Cour a considéré que ces fruits n'étaient pas des produits puisqu'ils n'étaient pas industriellement ou artisanalement manipulés pour atteindre une forme particulière.

> OHMI : « *les organismes vivants ne sont pas des "produits", ce qui signifie qu'ils ne s'agisse pas habituellement de biens industriellement ou artisanalement fabriqués…. Un modèle qui présente l'apparence d'une tomate dans son état naturel, comme c'est le cas pour le design contesté, doit être rejetée.* »[86]

82 *Cf*. les dépôts de modèles : D51739EU00 (https://oami.europa.eu/eSearch/#details/designs/000375753-0001) et D52779EU00 (https://oami.europa.eu/eSearch/#details/designs/000549951-0001).

83 François GREFFE et Pierre GREFFE, *Traité des dessins et des modèles*, Litec, Paris, 7e éd., 2003, p. 20, n° 31.

84 Affaire OHMI Appeal Decision R 595/2012-3 rapportée par David MUSKER, « Heartless OHIM Board rejects heart-shaped tomatoes », Marques . The Identity of Brand Owners [en ligne], 14 janvier 2014, consulté le 5 sept. 2014, disponibles sur : http://www.marques.org/.

85 Traduit par nous de l'anglais : « living organisms are not "products" » ; rapporté et traduit de l'allemand par David MUSKER, *Loc. cit*.

86 Traduit de l'anglais et souligné par nous : « *living organisms are not "products", that is to say that they are not conventionally made industrial or handicraft items....A design that has the appearance of a tomato in its natural state, as is the case in the contested design, should principle be rejected.* » ; rapporté et traduit de l'allemand par David MUSKER, *Loc. cit*.

En réalité un végétal peut tout à fait être déposé en tant que modèle, il faut simplement prouver que sa forme est due à une manipulation. La manipulation génétique de la tomate n'avait pas été prouvée en l'espèce. Pour David Musker, qui cite un passage de la décision[87], ce n'est qu'un problème probatoire ici, ou bien une erreur de classification lors du dépôt, car il aurait fallu proposer la classification de ce modèle dans les fruits et fleurs artificielles.

Si le végétal peut être déposé, pourquoi en serait-il différemment de l'animal ?

75. – L'obstacle de l'ordre public et des bonnes mœurs, s'il a été éludé en droit d'auteur, se repose à nouveau ici : le droit des dessins et modèles ne protège que ce qui respecte l'ordre public et les bonnes mœurs. Ceux-ci accepteront-ils que dans un but purement esthétique un animal soit génétiquement modifié ? Nous l'avons dit, modifier chirurgicalement un animal dans un but purement esthétique est interdit par l'article 10 du décret n° 2004-416 sur la protection des animaux de compagnie[88]. La modification non chirurgicale, notamment le toilettage ou la modification génétique, n'est en revanche pas touchée par la prohibition, mais pourrait heurter les bonnes mœurs. L'appréciation dépendra intimement du cas pratique.

76. – Ainsi donc, l'animal pourrait être protégé par un dessin ou un modèle, sous réserve que les bonnes mœurs le concèdent, mais uniquement pour ce qui est de l'aspect extérieur de l'animal. Toute la difficulté reste que la plupart des modifications génétiques de l'animal débouchent rarement sur une finalité esthétique, contrairement aux croisements de races animales, il convient de le souligner. Il est vrai qu'en génétique une autre architecture tridimensionnelle existe en sus de l'aspect extérieur : la disposition des chaînes d'acides aminés, l'ADN. Mais elle, a un rôle purement fonctionnel : définir les caractères d'une créature. Pour pouvoir protéger une telle structure tridimensionnelle fonctionnelle, lorsqu'elle est artificiellement créée, il faut s'intéresser à un autre droit de propriété intellectuelle : la topographie des semi-conducteurs.

---

87 OHMI, *Loc. cit.* : « *Même si les formes correspondantes uent été différentes de la tomate originelle, rien n'indique que cette forme eut résultée d'une altération industrielle ou artisanale de la tomate et non d'une plante spécifique. De plus, même si l'apparance de la tomate est effectivement unique… cela ne signifie pas qu'il en découle que le modèle contesté est appliqué dans un produit industriel ou artisanal… et puisse être enregistré.* » ; Traduit de l'anglais par nous : « *Even if the corresponding shape differs from that of an ordinary tomato , nothing indicates that the shape resulting from an industrial or manual alteration of the tomato and not from a special plant. In addition, even if the appearance of the tomato were actually unique ... this would not mean that it follows that the contested design is applied to an industrial or handicraft item ... and should be registered.* » ; rapporté et traduit de l'allemand par David MUSKER, *Loc. cit*.

88 Décret n° 2004-416 du 11 mai 2004 portant publication de la convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, faite à Strasbourg le 13 novembre 1987 et signée par la France le 18 décembre 1996.

77. – **Mise à l'écart de la topographie des semi-conducteurs**. Ce droit permet de protéger les circuits imprimés, et de manière générale la disposition interne des éléments dans une pièce informatique. Selon la disposition des éléments interne, cette pièce sera plus ou moins performante, plus ou moins miniaturisée. L'ADN est bien une topographie, c'est-à-dire une création dont l'intérêt fonctionnel réside dans la structure. C'est grâce à la disposition architecturale de l'ADN que l'information génétique a une signification. Une architecture tridimensionnelle guidée uniquement par un intérêt utilitaire. L'intérêt de ce droit spécial aurait été sa faible exigence qu'est « l'effort intellectuel dans l'acte de création ». Le rapprochement énoncé en début d'étude entre créativité et inventivité révèle ici toute son ampleur, la notion d'effort intellectuel pouvant à la fois relever de l'un ou de l'autre et permettant de protéger une création à mi-chemin entre l'oeuvre architecturale et l'invention.

78. – Ce qui fait défaut est le second critère d'attribution de ce droit, il s'agit de protéger les topographies des « semi-conducteurs ». Or, un semi-conducteur est destiné à conduire l'électricité ou, dans une vision extensive, l'information. L'ADN ne conduit pas l'information par sa structure (et encore moins l'électricité) il n'en est que le support. Cette forme dépend uniquement de l'encodage, qui intéresse le sujet majeur de notre étude : le droit d'auteur.

79. – **En conclusion,** comme l'a relevé Jean-Pierre Clavier dans son étude transversale sur les créations génétiques, l'appropriation intellectuelle de telles créations révèle « une démarche législative peu cohérente »[89]. Pourquoi refuser au logiciel la protection du droit des brevets au profit du droit d'auteur, là où pour une même situation les juristes décident « naturellement » l'inverse en matière de création biologique, et vis versa ?

Pour autant, comme l'a écrit Bernhard Bergmans[90], au vu des balbutiements actuels en matière de création génétique nous allons passer lentement mais sûrement de l'artisanat génétique à l'artistique.

> « *Il faudra donc probablement attendre encore un certain temps avant que les premières vraies "œuvres biologiques" ne soient créées et ne demandent à être protégées sur le plan juridique en tant qu'oeuvre sculpturales vivantes* »[91].

89 Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 246.
90 Bernhard BERGMANS, *Op. Cit*., p. 417 et s.
91 *Idem*.

Bibliographie :

Monographies

BEIER, CRESPI et STRAUS, *Biotechnologie et protection par brevet . Une analyse internationale*, OCDE, Paris, 1985

BERGMANS (Bernhard), *La protection des innovations biologiques . Une étude de droit comparé, Bruxelles*, Maison Larcier, 1991.

CHEMTOB-CONCÉ (Marie Catherine) et GALLOCHAT (Alain), *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'Homme*, éd. Lavoisier, Paris, 2e éd., 2004.

CLAVIER (Jean-Pierre), *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998.

DIJON (X.), *Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la faculté de droit de Namur, n° 13, éd. Larcier, 1982, Bruxelles

DE ROSNAY (J.), *L'aventure du vivant*, éd. Seuil . Coll. Science ouverte, 1998.

GREFFE (François) et GREFFE (Pierre), *Traité des dessins et des modèles*, Litec, Paris, 7e éd., 2003.

LAPIERRE (Yves) (Dir. Par), *Le dessin ou modèle . Tout ce qu'il faut savoir avant de déposer un dessin ou un modèle*, éd. INPI . Coll repère, mars 2013, disponible sur : http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/brochure_dessin_ou_modele.pdf.

MATTHEY, *Les brevets de végétaux, thèse, Lausanne*, 1954.

SÉRUSCLAT (Franck), *Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique*, Rapport au parlement . Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 2000. Disponible sur : http://www.senat.fr/rap/o99-020/o99-020_mono.html

ZULIAN (Isablelle), *Le gène saisi par le droit . La qualification de chose humaine*, éd. PUAM . Coll du Centre Pierre Kayser, Marseille, 2010

Articles et articles *in* collectif

BELLIVIER (F.), BOUDOUARD-BRUNET (L.), « Ressources génétiques et patrimoine », *in Le droit saisi par la biologie*, C. LABROUSSE-RIOU (Dir.), LGDJ, 1996, Paris

DELAGE (Pierre-Jérôme), « Chimère de la bioéthique » *in Science-fiction et science juridique*, dir. DELAGE (Pierre-Jérôme), IRJD éd. . coll. Les voies du droit, 2013, actes du colloque des 13 et 14 oct. 2011 organisé par la RERDH, Limoges, p. 107-121.

FREY-GODET (B.), « De la protection des nouveautés végétales », Propr. Ind. 1923, p. 31 et s.

GAUMONT-PRAT (Hélène), « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain . Inventions biotechnologiques et contexte socio-juridique », JurisClasseur Brevets, Fasc. 4240, 3 février 2012.

LALIGANT (O.), « Des oeuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *RRJ* 1992, n° 1, p. 107-108.

LABBÉE (Xavier), « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », D. 1999. 437.

LENOIR (N.), « La protection des données issues des recherches sur le vivant », Bull. de droit d'auteur, 1994, n° 3, p. 3.
LEROY (Jacques), « L'animal de cirque protégé pour lui-même », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie . Liber amicorum*, dir. Par André DECOQ, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, Bernard BEIGNIER, Richard CRÔNE, éd. LexisNexis, Paris, 2005
MAYAUD (Yves), « Violences volontaires », *in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, oct. 2008, n° 144
MUSKER (David), « Heartless OHIM Board rejects heart-shaped tomatoes », Marques . The Identity of Brand Owners [en ligne], 14 janv. 2014, consulté le 5 sept. 2014, disponibles sur : http://www.marques.org/.
SINGH (Asim), « Conditions de la protection de la formalisation d'une idée », JCP E., n° 14, 2 Avril 2009, p. 1333, com. ss. CA Paris, 14e ch. B, 7 nov. 2008, *SA Editrice du Monde c/ SAS TBWA*.
VAUNOIS (A.), « Lettre de France », Dr. Aut. 1931.

Décisions de justice

CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *Bezpenostní softwarová asociace.*
CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS Institute Inc. c/ world programming Ltd.*

Division d'opposition de l'OEB, 8 décembre 1994, *Relaxine*, D. 1996, p. 44 note J.-C. GALLOUX.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014.

Cass. AP, 7 mai 2004, n° 02-10.450, *Hôtel de Girancourt.*
Cass. AP, 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot*.

Cass. Civ. 1, 19 décembre 2013, n° 12-26.409, *Van Cleef & Arpels.*
Cass. Civ. 1, 14 nov. 2013.

Cass. Crim., 16 nov. 2011.
Cass. Crim. 19 déc. 1990, n° 90-83.175.
Cass. Crim. 5 nov. 1985, Bull. crim., n° 340, n° 5-94.640.

CA Paris, 14 septembre 2012, n° 10/01568, *Van Cleef & Arpels*.
CA Paris, 14e ch. B, 7 nov. 2008, *SA Editrice du Monde c/ SAS TBWA*.

Textes internationaux et européens

Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques
Consultation multilatérale des parties à la Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie (STE 125), Strasbourg, 10 mars 1995, disponible sur : http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/PDF/125_Resolution_10-03-1995_FRE.pdf
Convention sur la diversité biologique des Nations unies, 1992.

Convention européenne sur la protection des animaux de compagnie, Strasbourg, 13 nov. 1987.

Articles de codes

9 du Code civil
16-1 du Code civil
16-4 du Code civil
544 du Code civil
774 du Code civil
1382 du Code civil
1383 du Code civil
1385 du Code civil

311-1 du Code pénal
314-1 du Code pénal
511-17 du Code pénal
R. 214-84 du Code pénal
R. 214-85 du Code pénal
R. 654-1 du Code pénal
R. 655-1 du Code pénal

L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle
L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle
L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle
L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle
L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle
L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle
L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle
L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle

L. 214-3 du Code rural et de la pêche maritime
L. 231-1 du Code rural et de la pêche maritime
R. 214-21 du Code rural et de la pêche maritime
R. 215-5-1 du Code rural et de la pêche maritime
R. 215-5-2 du Code rural et de la pêche maritime

L. 2151-3 du Code de la santé publique
L. 2151-2 du Code de la santé publique

L. 321-22 du Code de justice militaire

Lois et décrets

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Décret n° 2008-871 du 28 août 2008 relatif à la protection des animaux de compagnie

Décret n° 2004-416 du 11 mai 2004 portant publication de la convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, faite à Strasbourg le 13 novembre 1987 et signée par la France le 18 décembre 1996.

Décret n° 89-805 du 27 octobre 1989 portant codification et modification des textes réglementaires concernant la protection de la nature

Décret n° 87-848 du 19 octobre 1987 relatif aux expériences pratiquées sur les animaux vertébrés, abrogé par l'article 6 33° du décret n° 2003-768 du 1er août 2003.