



MINISTÈRE DE LA CULTURE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

RAPPORT DE MISSION LA PREUVE DE L'ORIGINALITÉ

Présidentes de la mission

Josée-Anne BÉNAZÉRAF, avocate
Membre d'honneur du CSPLA

Valérie BARTHEZ, juriste
Spécialiste de propriété intellectuelle

*Rapport présenté à la réunion plénière du CSPLA du 15 décembre 2020
Son contenu n'engage que ses auteurs*

Décembre 2020

SOMMAIRE

Synthèse	5
Introduction	8
PARTIE I - LA DEMONSTRATION REQUISE DU DEMANDEUR	10
1 - Genèse de l'obligation.....	10
1.1 - Une question récente	10
1.2 - Exigence d'un examen œuvre par œuvre et spécialisation des juridictions.....	11
1.3 - L'avènement de l'obligation.....	12
1.3.1 - Les premières décisions des Juges du fond.....	12
1.3.2 - Consécration par la Cour de cassation.....	13
1.4 - Inobservation de l'exigence : l'évolution des sanctions	13
1.4.1 - Les enjeux de la sanction.....	13
1.4.2 - Le courant en faveur de la nullité de l'assignation.....	14
1.4.3 - Le courant en faveur de l'irrecevabilité de l'action.....	17
1.4.4 - En définitive, une question de fond	17
1.5 - Une jurisprudence propre aux juridiction civiles.....	18
1.5.1 - Quelques décisions dissidentes des juridictions civiles	18
1.5.2 - La position contraire des juridictions pénales	19
2 - Teneur de l'obligation	20
2.1 - L'objet de la démonstration : l'originalité	21
2.1.1 - Une condition indiscutable de la protection	21
2.1.1.1 - L'absence de fondement textuel général.....	21
En droit interne	21
En droit international.....	22
En droit de l'Union	22
2.1.1.2 - Une construction prétorienne.....	23
En France.....	23
En droit de l'Union	26
2.1.2 - Notion d'originalité.....	27
2.1.2.1 - Les critères jurisprudentiels.....	28
La jurisprudence interne.....	28
La jurisprudence de la CJUE.....	32
Comparaison des jurisprudences interne et européenne	37
2.1.2.2 - Synthèse des critiques de l'originalité	38
Une notion impossible à cerner	38
La référence inappropriée à la personnalité de l'auteur	39
Une vision anachronique de l'œuvre	40
"L'irréaliste approche subjective"	41
Une formule de style ... dépourvue de sens	42

2.2 - Les conditions de la démonstration.....	46
2.2.1 - Une obligation conditionnée par l'existence d'une contestation ?	46
2.2.1.1 - L'hétérogénéité de la jurisprudence	46
La jurisprudence des juridictions parisiennes.....	46
Le cas particulier des actions en cessation.....	47
La jurisprudence des juridictions en région	48
Une situation incertaine en l'absence de décision claire de la Cour de cassation ..	49
2.2.1.2 - Teneur de la contestation lorsqu'elle est exigée.....	49
2.2.1.3 - Les procédures sans mise en état (jour fixe, référé).....	50
2.2.2 - Décrire ou prouver ?	50
2.2.3 - Modalités probatoires	53
2.3 - Synthèse des exigences requises du demandeur	54
PARTIE II - CONSEQUENCES ET APPRECIATION CRITIQUE.....	56
1 - Un obstacle dissuasif portant atteinte à l'effectivité de la protection.....	56
1.1 - Des critères inadaptés aux œuvres non techniques et non utilitaires	56
1.2 - La contrefaçon massive	59
1.3 - La désertion du droit d'auteur	60
2 - L'absence de justification convaincante	60
2.1 - Actori incumbit probatio.....	60
2.1.1 - Un adage trompeur.....	61
2.1.2 - Les principes applicables du droit de la preuve.....	61
2.2 - L'aptitude probatoire prêtée à l'auteur	64
2.3 - Le principe du contradictoire	65
2.4 - Le risque d'un élargissement du champ de la protection	66
3 - La discordance avec le droit de l'union.....	68
3.1 - La méconnaissance de l'objectif d'assurer un niveau de protection élevé.....	68
3.2 - L'atteinte au droit au procès équitable.....	70
PARTIE III - LES PISTES D'UN REEQUILIBRAGE.....	72
1 - Suggestions en faveur d'une évolution jurisprudentielle	72
1.1 - Assouplissement de l'exigence d'une démonstration œuvre par œuvre	72
1.2 - Application des principes du droit de la preuve.....	75
1.2.1 - Exemples de situations rendant l'originalité vraisemblable	76
1.2.1.1 - La conclusion d'un contrat d'autorisation ou de cession de droits.....	76
1.2.1.2 - La mise en exergue par l'exploitant de la valeur artistique de l'œuvre	77
1.2.1.3 - La notoriété de l'œuvre et/ou de son auteur	78
1.2.1.4 - Le genre de l'œuvre.....	79
1.2.1.5 - Les œuvres inscrites au répertoire d'organismes de gestion collective.....	80

1.2.2 - Le rôle du Juge de la Mise en Etat	81
2 - La voie d'une réforme législative	83
2.1 - L'option d'une présomption simple d'originalité	83
2.2 - L'option d'un partage de la charge probatoire.....	84
Annexes	86
Liste des personnes auditionnées.....	86
Lettre de mission.....	90

SYNTHESE

Apparue il y a une quinzaine d'années, la question de la preuve de l'originalité, auparavant traitée comme une opération de qualification juridique, a bouleversé la matière.

Son émergence peut être attribuée à la conjonction de deux facteurs.

Elle résulte, en premier lieu, de l'exigence, posée par la Cour de cassation à l'égard des juridictions du fond, d'apprécier l'originalité œuvre par œuvre et non de manière globale, exigence qui fut logiquement répercutée par lesdites juridictions sur le demandeur à l'action en contrefaçon.

Le mouvement s'est, en second lieu, trouvé conforté par la spécialisation des juridictions qui a entraîné le déplacement du contentieux, autrefois traité par les tribunaux de commerce, vers les juridictions civiles spécialisées.

Ces dernières se sont ainsi trouvées confrontées à des revendications, au titre du cumul de protection, pour des objets de consommation courante au regard desquels l'instauration d'un monopole pour une durée longue posait manifestement problème.

Ces juridictions ont ainsi pensé trouver dans la preuve de l'originalité, en ce qu'elle complique la tâche du demandeur, le moyen d'éviter que la protection du droit d'auteur ne bénéficie trop facilement à de tels objets.

La nouvelle obligation probatoire, ainsi élaborée par la jurisprudence, a entraîné d'importantes difficultés pour les auteurs et, plus généralement, les titulaires de droits, tout au moins devant les juridictions civiles, les juridictions correctionnelles, qui connaissent d'un contentieux davantage orienté vers la piraterie, ne l'ayant pas consacrée.

La première raison de ces difficultés tient au fait que l'objet de la preuve - l'originalité - est sans conteste la notion la plus insaisissable du droit d'auteur, alors même qu'elle constitue une condition indiscutable de la protection, consacrée depuis la moitié du XIXe siècle par la jurisprudence française et depuis 2009 par la CJUE, qui l'a érigée en notion autonome du droit de l'Union à la faveur de plus d'une dizaine de décisions.

Les critères de l'originalité sont pour le moins incertains et divergent, qui plus est, entre les juridictions nationales de même qu'entre ces dernières et la Cour de justice.

Il en résulte que, même pour des œuvres dont l'originalité semble pourtant indiscutable, la démonstration d'originalité est loin d'être aisée. Paradoxalement, elle est peut-être plus difficile encore pour de telles œuvres que pour des œuvres techniques ou utilitaires, du fait que les critères dégagés essentiellement en contemplation de ces dernières paraissent inadaptés aux œuvres créées dans une intention exclusivement artistique.

La seconde raison réside dans la généralisation des exploitations dites "de masse", qui portent sur plusieurs centaines, milliers, voire dizaines de milliers d'œuvres diffusées à l'identique, phénomène qui touche davantage les œuvres appartenant aux genres traditionnels de la création qu'aux dessins et modèles bénéficiant du cumul de protection.

Dans de telles situations, la preuve de l'originalité de chacune des œuvres concernées apparaît impossible.

Ces difficultés ont été exploitées de manière opportuniste par les contrefacteurs, en sorte que les contestations d'originalité, naguère cantonnées aux cas où la protection apparaissait réellement contestable, sont devenues systématiques.

Dans ce contexte, où les procédures sont devenues complexes et prohibitives, les titulaires de droits, qui n'ont pas les moyens d'engager des frais sans proportion avec les enjeux des litiges, renoncent trop souvent à agir, préférant, lorsqu'ils le peuvent, rechercher une protection sous l'empire du droit voisin ou du droit des marques.

En définitive, dans l'optique, compréhensible, d'éviter que la protection du droit d'auteur ne soit dévoyée pour couvrir trop facilement des objets qui ne devraient pas avoir vocation à en bénéficier, tout au moins pour une si longue durée, le système aboutit, paradoxalement, à attenter sérieusement à la protection des œuvres pour lesquelles le droit d'auteur a été instauré.

A leur égard, la preuve de l'originalité, bien plus dissuasive à l'égard des titulaires de droits qu'elle ne l'est à l'égard des contrefacteurs, apparaît en effet comme une exigence inadaptée à une protection efficiente des droits d'auteur et impropre à satisfaire pleinement l'objectif, requis par la directive 2001/29, d'assurer un niveau élevé de protection de ces droits.

Dans les contentieux de masse, cette exigence, aboutissant à requérir une preuve impossible, c'est-à-dire "diabolique" au sens du droit processuel, pourrait même être considérée comme attentatoire au droit au procès équitable consacré par l'article 6.1 de la CEDH.

Des solutions existent pour adapter cette exigence en sorte de remédier à ces dérives.

La mission s'est attachée à les rechercher dans l'optique exclusive de rétablir la bonne foi au cœur du procès en contrefaçon, afin d'éviter les contestations d'originalité formées de manière systématique et dilatoire, sans éluder pour autant, lorsqu'il a lieu d'être, le débat sur l'originalité.

Des suggestions aux fins d'une évolution jurisprudentielle sont en premier lieu proposées à droit constant.

Celles-ci reposent, d'une part, sur un assouplissement de l'exigence, posée par la Cour de cassation, d'un examen de l'originalité œuvre par œuvre, en sorte de permettre aux juridictions du fond d'alléger, à leur tour, la charge reposant sur les justiciables.

Elles consistent, d'autre part, à tirer partie des règles du droit de la preuve qui, contrairement à une idée reçue, n'attribuent pas systématiquement au demandeur le fardeau de la preuve, mais font au contraire varier cette attribution alternativement sur le demandeur ou le défendeur en fonction des circonstances factuelles, par application des principes dits de vraisemblance et d'aptitude à la preuve.

Dans la mesure où une telle évolution est, par hypothèse, incertaine, préférence est donnée à une modification législative proposant une solution mesurée, faisant peser sur chacune des parties une part de la charge probatoire.

Cette solution consiste dans la modification suivante de l'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle :

"Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit **originales**, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Il appartient à celui qui conteste l'originalité d'une œuvre d'établir que son existence est affectée d'un doute sérieux et, en présence d'une contestation ainsi motivée, à celui qui revendique des droits sur l'œuvre d'identifier ce qui la caractérise."

Au premier alinéa, la mention expresse de la condition d'originalité clarifie l'état du droit.

Le second alinéa exprime en substance que la contestation du défendeur doit être "qualifiée", en ce sens qu'elle doit être motivée et doit conduire à faire naître un doute sérieux sur l'originalité.

Lorsque la contestation met ainsi sérieusement en doute l'originalité de l'œuvre revendiquée, il apparaît alors légitime d'exiger du demandeur qu'il s'explique en identifiant les éléments caractérisant, selon lui, cette originalité.

La solution proposée paraît ainsi répondre à l'équilibre recherché.

Dans les deux suggestions faites, en faveur d'une évolution jurisprudentielle ou d'une intervention législative, le Juge de la Mise en Etat pourrait être, dans les procédures au fond, un instrument du dispositif, compte tenu des pouvoirs dont il dispose, en vertu de l'article 782 du code de procédure civile, d'*"inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu [et] à fournir les explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige"*.

Il pourrait ainsi être saisi, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, à l'effet d'inviter l'autre partie à fournir les explications de fait et de droit propres à justifier ou, au contraire, à dénier l'originalité, le juge appréciant finalement, selon les circonstances et en fonction du principe de vraisemblance, à quelle partie il revient d'étayer ses allégations.

Qu'elle soit jurisprudentielle ou législative, l'évolution recherchée s'oriente ainsi vers un système souple et équilibré.

INTRODUCTION

L'intitulé de la mission présuppose que l'originalité constitue une **question de preuve**.

De fait, c'est bien en tant que telle qu'elle se trouve aujourd'hui appréhendée par la jurisprudence.

Il n'en a pourtant pas toujours été ainsi.

Il y a encore une quinzaine d'années, l'originalité n'était pas, en effet, un objet de preuve, mais une **question de qualification** relevant comme telle, aux termes de l'article 12 du Code de procédure civile¹, du seul office du juge.

Or, la qualification "*ne relève pas d'un mécanisme probatoire*"², comme l'expriment d'ailleurs les décisions qui refusent que l'originalité soit appréciée par un expert, au motif que "*l'originalité [...] est une analyse d'ordre juridique réservée au juge et qu'ainsi l'expert [...] n'est pas habilité à dire le droit à la place du juge et donc de qualifier l'originalité d'une création*"³.

Pourtant, la jurisprudence actuelle met bien à la charge du demandeur à l'action en contrefaçon l'obligation de prouver l'originalité des œuvres dont il recherche la protection, malgré quelques nuances de vocabulaire.

Entre qualification et preuve, la différence est loin d'être théorique.

Dans le cadre d'une opération de qualification, chaque partie avance ses arguments pour tenter de convaincre le juge, mais aucune conséquence n'est attachée à la défaillance de l'une ou l'autre dans cet exercice.

L'attribution du fardeau de la preuve emporte au contraire celle du **risque de la preuve** : la partie qui l'endosse assume seule la charge de la démonstration et les conséquences de sa défaillance, consistant dans le rejet de ses prétentions.

Avec ce changement de perspective, l'originalité est devenue un **enjeu procédural**.

Auparavant, elle n'était contestée qu'au regard des œuvres techniques ou utilitaires se situant à la limite de la protection.

¹ Le juge "*doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.*"

² V. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, n°256 p.260 à propos de la qualification de clause abusive, mais l'observation vaut également pour l'originalité : "*Pourtant, la détermination du caractère abusif d'une clause ne constitue pas une question de fait, mais un exercice de qualification juridique. Or, cette qualification ne relève pas d'un mécanisme probatoire. Les parties soumettent des faits au juge, et ce dernier doit 'donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé'.*"

³ CA Paris, Pôle 5 ch. 1, 10 mars 2015, n° 13/09634.

Les autres ne bénéficiaient pas d'une présomption d'originalité de fait, comme l'exprime une partie de la doctrine. Simplement, les défendeurs s'abstenaient de contester leur originalité, sachant qu'ils n'auraient aucune chance d'en convaincre le juge.

Avec l'institution d'une obligation probatoire, la situation a radicalement changé, provoquant une systématisation des contestations, y compris dans les hypothèses où l'originalité semble pourtant évidente.

La mission s'est efforcée de comprendre les raisons qui ont conduit à cette évolution, et de cerner au plus près, par une analyse aussi complète que possible de la jurisprudence des quatre dernières années, la teneur de l'obligation probatoire ainsi mise à la charge du demandeur (I).

Ce faisant, elle s'est attachée à répondre aux nombreuses interrogations des professionnels dont les auditions ont montré qu'ils ne comprenaient pas toujours ce à quoi ils étaient concrètement astreints pour apporter la preuve requise.

Ces mêmes auditions ont confirmé le constat, dressé par la lettre de mission, d'une diminution sensible de la protection.

La charge, parfois insurmontable, de satisfaire à l'obligation probatoire, notamment dans les contentieux de masse, et l'exploitation opportuniste de cette difficulté par les contrefacteurs, dissuadent en effet trop souvent les titulaires de droits d'agir sur le fondement du droit d'auteur (II).

Face à un tel constat, la mission s'est efforcée d'explorer les pistes d'un rééquilibrage, dans le but de rétablir la bonne foi au cœur du procès en contrefaçon en évitant les contestations d'originalité formées de manière systématique et dilatoire, sans éluder pour autant, lorsqu'il y a lieu, le débat sur l'originalité.

Des suggestions sont faites pour une évolution jurisprudentielle à droit constant, de même que pour une réforme législative, qui apparaît préférable dans un souci de sécurité juridique (III).

Il n'est pas exclu, cela étant, que la CJUE soit saisie du problème. La question du rôle du demandeur dans la caractérisation de l'originalité lui avait en effet été posée dans l'affaire *Levola*⁴. S'il n'avait pas été nécessaire, en l'espèce, d'y répondre, il est possible que la question ressurgisse à l'occasion d'un autre recours préjudiciel en interprétation.

⁴ CJUE 13 nov. 2018, *Levola*, C-310/17. La question 2 c) posée par la cour d'appel d'Arnhem-Leuvarde, Pays-Bas, était la suivante :

"Que doit alléguer la partie qui, dans le cadre d'une procédure (d'infraction), invoque la création de la saveur d'un produit alimentaire protégé par le droit d'auteur ? Suffit-il que cette partie présente le produit alimentaire au cours de la procédure au juge national afin de le laisser lui-même apprécier, en sentant et dégustant, si le produit alimentaire remplit les conditions pour bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur ? Ou la partie requérante doit-elle également décrire les choix créatifs faits dans le cadre de la composition de la saveur et/ou de la recette qui permettent que la saveur soit considérée comme une création intellectuelle propre à son auteur ?"

PARTIE I - LA DEMONSTRATION REQUISE DU DEMANDEUR

1 - Genèse de l'obligation

1.1 - Une question récente

La question de la charge de la preuve de l'originalité, apparue il y a une quinzaine d'années, est relativement récente.

Elle ne se posait pas antérieurement du fait que l'originalité était traitée comme une question de **qualification** et non de **preuve**.

Chacune des parties développait ses arguments pour convaincre le juge de l'originalité ou, au contraire, de l'absence d'originalité de la ou des œuvres en cause, **sans que la charge de la démonstration pèse sur l'une ou l'autre**, la qualification étant l'office du juge conformément aux termes de l'article 12 du code de procédure civile.

De ce fait, **l'originalité ne faisait débat que lorsqu'il y avait réellement matière à contestation**, c'est-à-dire pour les œuvres se situant à la limite de la protection, principalement, les **œuvres techniques ou utilitaires**. Comme l'exprimaient en 1993 les Professeurs Lucas et Sirinelli dans leur étude sur l'originalité en droit d'auteur ⁵ :

"L'originalité est rarement déniée. Elle est même en fait présumée. C'est seulement dans les cas limites où la nature de l'œuvre fait douter de la possibilité de la protection, par exemple dans des œuvres scientifiques ou techniques, que le débat sur l'originalité revient au premier plan et que les règles de droit commun sur la charge de la preuve reçoivent application."

De surcroît, même dans les litiges portant sur un nombre d'œuvres important, ni le demandeur, ni le défendeur n'effectuaient de démonstration exhaustive, œuvre par œuvre.

L'argumentation était développée de manière générale pour **l'ensemble des œuvres** ou extraits considérés, le cas échéant par catégorie d'œuvres présentant des caractéristiques semblables, et chaque partie étayait son argumentation **d'exemples** lui paraissant les plus **significatifs**.

Le juge appréciait l'originalité au vu des pièces produites, mais n'était **pas tenu de motiver son appréciation œuvre par œuvre**⁶.

⁵ André Lucas et Pierre Sirinelli, "L'originalité en droit d'auteur", *JCP G*, 1993, I, étude 3681.

⁶ V., à titre d'exemple, pour une affaire portant sur l'originalité de plusieurs dizaines de photographies de tableaux de Picasso, CA Paris, 4ème Ch., sect. A, 26 sept. 2001, n° 1999/05665 et 1999/08920, qui admet l'originalité avec une **justification globale** s'appliquant à l'ensemble des clichés :

" Dès lors que la seule protection des œuvres photographiques, conformément aux dispositions légales, réside dans leur originalité, force est de constater que les photographies litigieuses répondent bien à cette condition. Que contrairement à ce qu'énonce le tribunal, loin de s'effacer derrière le peintre, le photographe de son œuvre en a recherché la quintessence et au travers du choix délibéré des éclairages, de l'objectif, des filtres et du cadrage ou de l'angle de vue, a exprimé dans la représentation qu'il en a faite, sa propre personnalité, mettant en exergue un fragment de l'œuvre lui apparaissant particulièrement révélateur ; que cette démarche globale n'est nullement celle d'un simple technicien au rang duquel les intimés cherchent à tort à placer le photographe, mais révèle un véritable créateur "

Ainsi, non seulement la question de savoir quelle partie devait supporter la charge de la démonstration d'originalité ou d'absence d'originalité ne posait pas mais, à supposer qu'elle se soit posée, aucun enjeu n'y aurait été attaché.

1.2 - Exigence d'un examen œuvre par œuvre et spécialisation des juridictions

La situation a changé avec **l'intensification du contrôle** de la Cour de cassation sur la motivation des décisions des juges du fond.

S'il est en effet constant que ces derniers disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'originalité⁷, la Cour de cassation exerce "*un contrôle de plus en plus strict sur leur motivation*", portant tout autant sur l'existence de la motivation, que sur sa pertinence juridique et son caractère suffisant⁸.

Par un arrêt du 28 janvier 2003, dans une affaire qui concernait des modèles de lunettes de protection, la Cour de cassation a, pour la première fois, **imposé aux juges du fond** de procéder à un **examen** des œuvres en cause, non plus dans leur ensemble, mais **œuvre par œuvre** et de vérifier si, **pour chacune d'elle**, la condition d'originalité était bien remplie⁹.

Cette **exigence nouvelle** a été réitérée par deux arrêts de la Chambre criminelle des 4 novembre 2008¹⁰ et 30 juin 2009¹¹, au sujet, respectivement, de créations graphiques et rédactionnelles et de pièces détachées automobiles, puis par un arrêt de la Chambre sociale du 24 avril 2013¹² concernant des photographies.

Ainsi astreintes à un examen œuvre par œuvre, les juridictions du fond en ont logiquement répercuté les conséquences sur le demandeur à l'action en contrefaçon, en exigeant de celui-ci qu'il leur fournisse le moyen de cet examen en caractérisant, œuvre par œuvre, l'originalité alléguée.

Les juges du fond ont en effet estimé qu'il ne leur appartenait pas de procéder eux-mêmes à cette caractérisation¹³.

⁷ Par ex. : Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391. ; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2014, n° 12-18.518.

⁸ "Le contrôle de l'originalité d'une œuvre par la Cour de cassation", CCE, janvier 2017, n° 1, fiche pratique par Carole Thomas-Raquin et Martin Le Guerier, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

⁹ Cass. com. 28 janvier 2003, n°00-10657 : "*Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher pour chaque modèle si les éléments argués de contrefaçon revêtaient un caractère original dissociable de la fonction technique ou utilitaire, constituaient une création révélant la personnalité de son auteur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*".

¹⁰ Cass. crim. 4 nov. 2008 n°08-81.955, CCE n°2, févr. 2009, comm. 11 par Christophe Caron : "*sans rechercher si et en quoi chacune des œuvres, dont la protection était sollicitée, résultait d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs*".

¹¹ Cass. crim., 30 juin 2009, n°08-83060 : "*la cour d'appel, à qui il appartenait, en procédant à des constatations de fait, de vérifier si chacun des modèles revendiqués était protégeable et d'indiquer en quoi il était contrefait et, par ailleurs, de rechercher si et en quoi chacune des œuvres, dont la protection était sollicitée, résultait d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de son auteur, seul de nature à leur conférer le caractère d'une œuvre originale protégée, comme telle, par le droit d'auteur, n'a pas justifié sa décision et a méconnu l'étendue de sa saisine*".

¹² Soc. 24 avril 2013, n°10-16063 et 10-30676 : "*qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si et en quoi chacune des photographies, dont la protection était sollicitée, résultait d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leur auteur, seul de nature à leur conférer le caractère d'une œuvre originale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*".

¹³ V. par ex. M. C. Courboulay, ancienne Vice-Présidente du TGI de Paris (3^{ème} Chambre, 1^{ère} section), "La qualification d'œuvre de l'esprit à l'épreuve du procès : probatio diabolica ?" in *L'œuvre de l'esprit en question(s) Un exercice de qualification*, dir. A. Bensamoun, F. Labarthe et A. Tricoire, Mare & Martin,

Un autre facteur, lié à la **spécialisation des juridictions**, a sans doute conforté les juridictions civiles dans le sentiment que cette obligation probatoire imposée au demandeur était non seulement techniquement nécessaire pour répondre aux exigences de la Cour de cassation, mais justifiée.

En conséquence de la réforme introduite par la loi du 29 octobre 2007, le contentieux de propriété intellectuelle auparavant traité par les Tribunaux de commerce a, en effet, été transféré aux TGI :

*"Et donc, nous avons vu arriver ce que nous ne voyions qu'épisodiquement auparavant, c'est-à-dire des affaires dans lesquelles le droit d'auteur était appliqué à des produits de consommation de masse en utilisant les mêmes critères. Je vais être triviale : prenons un T-shirt. Je ne suis pas persuadée qu'on ait besoin du droit d'auteur pour vendre des T-shirts."*¹⁴

Face à de tels "produits de consommation de masse", pour lesquels une protection de 70 ans post mortem était revendiquée, les juridictions civiles ont considéré qu'il était légitime d'augmenter le degré d'exigence d'originalité :

"Il y a d'autres raisons à la nécessité d'une certaine exigence dans la définition de l'originalité de l'œuvre.

A titre personnel, mais c'est un avis assez partagé par la Troisième chambre de la Cour de cassation, j'ai toute conscience que la création ne peut vivre que dans la liberté. Nous ne pouvons accorder un monopole à tout ce qui est produit, mais nous pouvons l'accorder à tout ce qui est créé. Nous devons penser aux générations futures, car il faut que celles-ci puissent également créer et il ne faut pas que tout ce qui existe actuellement soit étiqueté pour une période de 70 ans après la mort de l'auteur - 'c'est une œuvre de X, ou c'est une œuvre de Y' - et que l'espace de création devienne si exigü qu'il brime la créativité.

*Or, vu du tribunal, on a l'impression que certains sont dans une demande de protection à tout crin de choses qui ne méritent pas d'être protégées - je dis "méritent" en faisant attention à ce que je dis - et que du coup, il y a un dévoiement du droit d'auteur. Mais trop de droit d'auteur tue le droit d'auteur..."*¹⁵

La nécessité probatoire de caractériser l'originalité œuvre par œuvre, parce qu'elle complexifie l'action du demandeur en contrefaçon, a ainsi pu être perçue comme un moyen de relever le niveau de la protection pour en exclure des œuvres techniques ou utilitaires pour lesquelles l'instauration d'un monopole ne paraissait pas justifiée.

1.3 - L'avènement de l'obligation

1.3.1 - Les premières décisions des Juges du fond

Le mouvement s'est, semble-t-il, amorcé en 2006, le premier jugement recensé de la chambre spécialisée du TGI de Paris datant du 18 octobre 2006¹⁶.

2015, p. 201 : "C'est exact que c'est un énorme travail [de caractériser l'originalité pour des œuvres nombreuses], mais qu'il n'appartient pas au tribunal de faire, pas davantage qu'à la défense."

¹⁴ M. C. Courboulay, "La qualification d'œuvre de l'esprit à l'épreuve du procès : probatio diabolica ?", préc. note 9, p. 203.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ TGI Paris, 3e Ch. 3e sect., 18 oct. 2006, n° 05/13494.

Dans une affaire qui concernait des photographies, le tribunal a débouté le demandeur qui se contentait "de revendiquer l'originalité d'une œuvre globale qui serait constituée par l'ensemble des clichés publiés dans l'ouvrage en cause".

Faute d'avoir "**indiqué pour chaque œuvre les éléments d'originalité qu'il revendique comme portant l'empreinte de sa personnalité**", "alors que l'originalité doit s'apprécier œuvre par œuvre", le tribunal a considéré que l'auteur "*n'établi[ssai]t pas que les œuvres dont il est l'auteur sont originales, c'est à dire qu'elles portent l'empreinte de sa personnalité*"

D'autres décisions ont suivi, rendues par les chambres spécialisées du tribunal et de la Cour d'appel de Paris.¹⁷

1.3.2 - Consécration par la Cour de cassation

Par un arrêt du 15 janvier 2015, la Cour de cassation a entériné l'obligation ainsi mise à la charge du demandeur, jugeant "**qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteur, d'identifier les caractéristiques de l'œuvre dont il sollicite la protection**"¹⁸.

Cette décision a été suivie de trois autres, en date des 22 juin¹⁹ et 8 novembre²⁰ (deux espèces) 2017.

1.4 - Inobservation de l'exigence : l'évolution des sanctions

1.4.1 - Les enjeux de la sanction

Concomitamment au développement de cette jurisprudence, les auteurs et leurs ayants droit se sont trouvés confrontés à des hypothèses d'**exploitations** plus **massives** de leurs œuvres, facilitées par les progrès technologiques résultant notamment de l'augmentation des débits et des capacités de stockage.

Dans le cadre de telles exploitations massives, la nécessité, en cas de procès, de caractériser l'originalité œuvre par œuvre est devenue un véritable **enjeu procédural**.

Cette situation a entraîné une **multiplication des contestations d'originalité** dans les procès en contrefaçon : la contestation est devenue **quasi systématique**, là où elle était auparavant circonscrite aux cas limites de protection.

Les défendeurs aux procès en contrefaçon ont en effet rapidement compris le profit qu'ils pourraient retirer de l'exigence nouvelle imposée aux demandeurs : en mettant l'accent sur la carence de ces derniers si d'aventure ils s'abstenaient, dans leurs assignations, de caractériser l'originalité requise œuvre par œuvre, ils escomptaient pouvoir éviter tout débat, parfois gênant, sur le fond, et même, éviter d'avoir à contester expressément l'originalité d'œuvres peu susceptible d'être sérieusement mise en doute.

¹⁷ V. à ce sujet les références fournies par Florence Gaullier in "La preuve de l'originalité : mission impossible ?", *RLDI* avril 2011, n° 70, p. 126.

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n°13-22798.

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n°14-20310 : "*Attendu qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon d'une œuvre, d'identifier ce qui en caractérise l'originalité*".

²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2017, n°16-18017 : "*il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteur, d'identifier, dans ses écritures, les caractéristiques de l'œuvre qui portent, selon lui, l'empreinte de la personnalité de son auteur et, partant, d'établir que l'œuvre remplit les conditions requises pour être investie de la protection légale*"; Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2017, n°16-22.105 : "*Mais attendu qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon d'identifier les caractéristiques de l'œuvre qui portent l'empreinte de la personnalité de son auteur et, partant, d'établir qu'elle remplit les conditions requises pour être investie de la protection légale*"

L'enjeu était donc de savoir si la sanction de la carence se situerait au niveau procédural ou si elle relèverait du fond du litige.

Après une première tendance procédurale permettant de mettre fin à l'instance sans que le défendeur ait besoin de se positionner au regard de l'originalité, en la contestant ou non, la jurisprudence s'est finalement majoritairement fixée pour considérer que la question de l'originalité relevait du fond du litige.

1.4.2 - Le courant en faveur de la nullité de l'assignation

Des plaideurs ont imaginé d'invoquer l'article 56 du code de procédure civile²¹ pour faire valoir que, faute pour le demandeur d'identifier les éléments de chaque œuvre concernée dont l'originalité était alléguée et de caractériser cette originalité, l'acte introductif d'instance ne contenait pas un exposé suffisant des moyens invoqués en fait et en droit, en sorte que ledit acte encourrait la nullité.

Par un arrêt du 12 novembre 2010²², la Cour d'appel de Paris leur a donné raison, en jugeant qu'une assignation qui renvoyait simplement à des photographies de modèles de bijoux argués de contrefaçon "*ne défini[ssai]t pas les caractéristiques qui fondent, selon la demanderesse, l'originalité de chacun des modèles dont elle revendique la protection par le droit d'auteur*" et "*qu'il y a[vait] donc lieu, en infirmant la décision entreprise, d'annuler l'assignation délivrée [...]*".

Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 2012²³ approuvant la Cour d'appel d'avoir retenu, "*d'une part, que les caractéristiques de chacun des modèles revendiqués au titre du droit d'auteur n'étaient pas définies et, d'autre part, que les modèles argués de contrefaçon n'étaient ni décrits ni même identifiés*" et d'en avoir "*exactement déduit que la société Gas bijoux avait failli dans l'exposé des moyens relatifs à la protection dont elle sollicitait le bénéfice*".

Cette décision pouvait laisser planer un doute sur le point de savoir si la nullité ne venait pas davantage sanctionner l'absence d'identification des œuvres revendiquées plutôt que la caractérisation de leur originalité. A minima, il s'en déduisait que le demandeur était tenu de décrire chaque modèle et d'en préciser les caractéristiques. Toujours est-il que **la nullité de l'assignation s'est trouvée régulièrement soulevée en défense** dans les procès en contrefaçon, et souvent accueillie par le Tribunal et la Cour d'appel de Paris, par exemple dans des affaires concernant des textes relatifs à la voyance et à l'interprétation des rêves²⁴, des logiciels²⁵, des modèles de grille d'aération²⁶ ou des interprétations d'horoscopes²⁷.

²¹ "*L'assignation contient à peine de nullité (...) 2°L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit*".

²² CA Paris, pôle 5 - Ch. 2, 12 nov. 2010, n° 09/13456.

²³ Cass. 1re civ., 5 avr. 2012, n° 11-10.463, Bull. 2012, I, n° 83.

²⁴ TGI Paris, 3e ch. 1re sect., 22 nov. 2011, n° 11/05594.

²⁵ TGI Paris, 3e ch. 2e sect., 8 févr. 2013, n°12/00229 : "*Les assignations ne contiennent aucune autre description du programme ainsi revendiquée, dénommé "SECRET-EMAIL" et ne décrivent nullement les caractéristiques qui lui confèreraient un caractère original susceptible de lui faire bénéficier de la protection au titre des droits d'auteur, si ce n'est, comme le soulèvent à juste titre les défenderesses, en procédant par affirmation péremptoire ou en énonçant les critères légaux de l'existence d'une œuvre, sans exposer en quoi ils seraient réunis dans le cas d'espèce*" (jugement infirmé compte tenu de la régularisation intervenue en appel).

²⁶ CA Paris, Pôle 5 ch.2, 12 avr. 2013, n° 12/08354.

²⁷ TGI Paris, 3e ch. 1re sect., 21 nov. 2013, n° 12/14996 : "*S'agissant, en l'espèce, d'une assignation ayant pour objet principal une action en contrefaçon de droit d'auteur sur le fondement de l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle, celui qui se prétend auteur de l'œuvre doit l'identifier et caractériser son*

Ces décisions étaient parfaitement claires sur le fait que l'assignation devait non seulement identifier l'œuvre et les éléments de celle-ci sur lesquels la protection était revendiquée, mais également "décrire" ou "caractériser" (suivant les décisions) son originalité.

Elles l'étaient également quant à la **motivation de l'annulation**, présentée comme venant sanctionner une "**déloyauté procédurale**" du demandeur consistant en substance à compliquer la tâche du défendeur dans la recherche d'antériorités pertinentes :

*"Que force est, en effet, de relever que les termes de l'assignation repris ci-dessus **privent les deux sociétés assignées de la faculté de se prononcer utilement sur la combinaison de caractéristiques précises au fondement de l'originalité revendiquée** de chacune des œuvres (lesquelles caractéristiques ne sauraient se confondre avec une présentation qui pourrait s'appliquer à n'importe quel produit) et de rechercher, par ailleurs, des œuvres antérieurement commercialisées susceptibles de les reprendre dans la même combinaison ; (...)*

Qu'un tel comportement procédural manque à l'exigence de loyauté qui doit présider au déroulement de la procédure puisqu'il conduit à contraindre les sociétés assignées, tenues de répliquer, à se prononcer, afin d'y faire échec, sur les caractéristiques dont la combinaison pourrait faire accéder ces œuvres à la protection que confère le droit d'auteur".²⁸

Un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2016²⁹ a semblé condamner cette approche.

Dans une affaire, qui concernait un projet de scénographie, le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 56 du code de procédure civile en considérant que ce texte "*imposait que l'assignation en contrefaçon contienne nécessairement, à peine de nullité, un développement autonome ou exprès sur l'originalité de l'œuvre dont la contrefaçon [était] dénoncée*".

Le pourvoi fut rejeté au motif que l'arrêt n'avait "*nullement subordonné la validité de l'assignation à la démonstration de l'originalité de l'œuvre revendiquée*".

Il s'en déduisait, *a contrario*, que la nullité de l'assignation n'était pas la sanction appropriée.

De fait, le courant en faveur de la nullité de l'assignation s'est tari, jusqu'à une ordonnance du Juge de la Mise en Etat (JME) du TGI de Paris du 22 juin 2017³⁰.

L'affaire concernait des photographies de biens immobiliers qu'un photographe reprochait à une agence immobilière d'exploiter sans son autorisation.

Faute pour le photographe de décrire l'originalité de chacune des **10 457 photos** en cause dans l'assignation, l'agence avait saisi le JME d'une demande d'annulation de l'acte introductif d'instance.

Le photographe répliquait qu'il n'avait pas à faire la démonstration de l'originalité au stade de l'assignation et qu'il décrivait d'ores et déjà sa démarche artistique, son style et les techniques utilisées, de même qu'étaient listées les photographies dont il se prévalait avec la précision de leur emplacement sur les supports contrefaisants.

originalité" ; confirmé par CA Paris Pôle 5, ch. 2, 20 juin 2014 <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-5-chambre-2-arret-du-20-juin-2014/> : "(...) cette présentation de l'objet du litige reconsidérée par l'appelante **ne précise pas en quoi la combinaison des caractéristiques des 218 interprétations astrologiques désormais revendiquées donne prise au droit d'auteur et ne permet pas à la société Yahoo d'organiser utilement sa défense**".

²⁸ CA Paris, pôle 5, 12 avr. 2013, n° 12/08354 (préc.).

²⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n°14-27.990 et 15-12.321.

³⁰ TGI Paris, 3^{ème} chambre, 1^{ère} section, ordonnance du JME, 22 juin 2017, n°16/17688.

L'assignation n'en a pas moins été **annulée** aux motifs que :

- les éléments d'explications fournis par le demandeur étaient "*non seulement (...) très généraux et pour l'essentiel dictés par le sujet et la fonction première des photographies en débat*" mais n'étaient de surcroît "*appliqués à aucune photographie en particulier*", en sorte que "*l'explicitation de l'objet de la demande*" n'était pas seulement "*insuffisante*" mais "*inexistante*", ce qui justifiait la compétence du JME pour prononcer l'annulation de l'assignation³¹ ;
- les 10 457 photographies n'étaient "*jamais précisément listées, identifiées et décrites, préalables indispensables à toute tentative d'explicitation des caractéristiques originales ici absente.*"

L'ampleur de la tâche n'était manifestement pas un argument admissible, celle-ci ne dépendant, selon le JME, "*que de la capacité du demandeur à procéder à une sélection pertinente des œuvres qu'il prétend originales*"³².

Cette ordonnance a été **confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 mars 2018**³³ aux motifs que l'article 56 du code de procédure civile "*a pour finalité de mettre le défendeur en mesure, dès l'engagement du procès, d'organiser sa défense*", la règle imposant, dans le cadre d'une action en contrefaçon de droit d'auteur, "*que le demandeur identifie exactement l'œuvre revendiquée ainsi que les caractéristiques qui la rendraient selon lui éligible à la protection par le droit d'auteur, et qu'il identifie avec la même précision les faits qu'il incrimine en expliquant en quoi ils sont contrefaisants.*"

Depuis lors, un **arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 12 avril 2018**³⁴ a également confirmé l'annulation d'une assignation, faute pour celle-ci de "*caractériser le caractère protégeable de l'œuvre*" (en l'occurrence, une œuvre d'architecture), au motif que "*si l'appréciation du caractère original de l'œuvre relève de la compétence du juge du fond, il appartient à l'auteur de l'œuvre opposée dans le cadre d'une action en contrefaçon, de définir, dès son acte introductif d'instance le périmètre de protection revendiquée, de caractériser précisément les éléments originaux de cette œuvre qui, selon lui, sont repris par le contrefacteur.*"

Plus récemment encore, la **Cour d'appel de Paris, par arrêt du 17 décembre 2019**³⁵, a approuvé l'annulation d'une assignation prononcée par le JME, en précisant que la nullité n'était pas couverte par des conclusions ultérieures listant les œuvres concernées (logos et dessins figurant sur différents objets) mais se dispensant de les décrire, ce qui "*ne permet pas aux défendeurs d'appréhender leur originalité*".

Cette sanction de l'absence de description, dès le stade de l'assignation, des caractéristiques originales des œuvres invoquées, n'a ainsi pas totalement disparu de la jurisprudence.

³¹ "*Si le juge de la mise en état n'a pas le pouvoir qui appartient au seul tribunal d'apprécier la suffisance de l'explicitation de l'objet de la demande que les demandeurs doivent opérer, il est compétent pour sanctionner son inexistence par la nullité de l'assignation, le défaut d'explicitation causant un grief évident aux défendeurs qui ne peuvent alors connaître l'assiette des droits opposés et préparer une réponse efficiente*".

³² "(...) cette tâche, dont l'ampleur ne dépend que de la capacité du demandeur à procéder à une sélection pertinente des œuvres qu'il prétend originales, doit être accomplie dans le corps même de l'assignation, le renvoi à des pièces éparées qui ne sont de surcroît pas spécifiquement et précisément commentées ne peut réparer le vice qui affecte l'acte introductif dans son ensemble, l'assignation étant un acte unique."

³³ CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 9 mars 2018, n°17/15363.

³⁴ CA Aix-en-Provence, 2e Ch., 12 avr. 2018, n° 17/10421.

³⁵ CA Paris, Pôle 5 Ch. 1, 17 déc. 2019, n°19/08442.

Les décisions statuant en ce sens demeurent cependant **isolées** et ne semblent constituer que des **résurgences ponctuelles** d'une tendance n'ayant majoritairement plus cours aujourd'hui.

1.4.3 - Le courant en faveur de l'irrecevabilité de l'action

Parallèlement à celui prônant - et consacrant pendant un temps - la nullité de l'assignation, un autre courant s'est dessiné en faveur de l'irrecevabilité de l'action.

Il consistait à considérer que si l'œuvre n'est pas protégeable faute d'originalité, le demandeur n'a pas qualité à agir, ce qui conduit à opposer une fin de non-recevoir³⁶ à sa demande. Or, si l'originalité n'est pas présumée et nécessite, comme condition préalable à tout débat, une démonstration ou, à tout le moins, une explicitation, il s'en déduit que, faute de celle-ci, l'œuvre ne peut être tenue pour originale, ce qui prive le demandeur de qualité pour agir.

Plusieurs décisions ont été rendues en ce sens³⁷.

1.4.4 - En définitive, une question de fond

Cette tendance s'est cependant trouvée rapidement condamnée par un arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2013³⁸ et plusieurs arrêts de cours d'appels³⁹, en sorte qu'il paraît aujourd'hui acquis que l'originalité des œuvres invoquées n'est pas une condition de recevabilité de l'action en contrefaçon, mais relève au contraire du débat au fond.

On rencontre certes encore des décisions jugeant l'action irrecevable faute d'originalité⁴⁰. Mais l'irrecevabilité n'est ici prononcée qu'après examen au fond de l'originalité, en sorte qu'il ne s'agit plus d'une fin de non-recevoir.

La question de l'originalité relevant désormais du débat au fond, la majorité des décisions sanctionnent l'absence de caractérisation de l'originalité par le débouté de l'action du demandeur⁴¹.

³⁶ Aux termes de l'article 122 du code de procédure civile, "*Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.*"

³⁷ Par ex. : TGI Paris, 3e Ch. Ire sect., 15 juin 2010, n° 09/14685 (photographies) ; TGI Paris, 3e Ch. 3e sect., 1er avr. 2011, n° 09/12659 (photographies) ; TGI Paris, 3^{ème} Ch. 1^{ère} section, 9 oct. 2014, n°12/14337 (illustrations de jeux de société, irrecevabilité relevée d'office).

³⁸ Cass. com., 29 janvier 2013, n°11-27351 : "*Attendu que pour déclarer irrecevable l'action de M. X ..., l'arrêt retient encore les meubles "4 bas" et "centre de pièce" étaient dépourvus de caractère original ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'originalité des œuvres éligibles à la protection au titre du droit d'auteur n'est pas une condition de recevabilité de l'action en contrefaçon, la cour d'appel a violé les textes susvisés*".

³⁹ CA Aix-en-Provence, 2e Ch., 20 sept. 2018, n° 15/13706 : "*Que c'est à bon droit que le tribunal les a déclarés recevables à agir sur le fondement des droits d'auteur, l'originalité ne constituant qu'une question de fond de la protection*" ; CA Paris, Pôle 5 Ch. 1, 29 janvier 2019, n°17/11182 : "*sauf à préciser que l'appréciation de l'originalité relevant du débat au fond et non pas de la recevabilité de l'action, la société B doit être déboutée de ses demandes en contrefaçon au titre de ces 4 éléments et non pas déclarée irrecevable*" ; CA Paris, Pôle 5 chambre 1, 19 mars 2019, n°17/15634 : "*sauf à préciser que le défaut d'originalité est une cause de mal fondé et non d'irrecevabilité de l'action*".

⁴⁰ Par ex. : TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 5 mars 2015, n°13/15245 (modèle de *legging*) ; TGI Paris, 3^{ème} Ch. 4^{ème} section, 12 janvier 2017, n°15/03944 (site web) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 1er juin 2007, n°15/05098 (formats de jeux télévisés) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 14 février 2019, n°17/10190 (maquette de couverture d'un magazine).

1.5 - Une jurisprudence propre aux juridictions civiles

L'évolution qui a conduit à exiger aujourd'hui du demandeur qu'il identifie, œuvre par œuvre, les éléments qui en fondent, selon lui, l'originalité, est propre aux juridictions civiles, encore que, même au sein de celles-ci, la situation ne soit pas totalement uniforme. Quelques arrêts, relativement anciens il est vrai, sont en effet à l'opposé du courant dominant.

En matière pénale, les juridictions correctionnelles ont, quant à elles, adopté une position contraire consistant à présumer l'originalité.

1.5.1 - Quelques décisions dissidentes des juridictions civiles

Au sein même des juridictions civiles, quelques décisions dissidentes montrent que la situation n'est pas totalement uniforme. Parmi celles-ci, on peut citer :

- un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 17 juin 2003⁴² ayant considéré que la présomption d'originalité permettait de respecter l'esprit de la loi :

*"Attendu dans ces conditions [absence d'antériorité établie par le défendeur] qu'il existe une **présomption d'originalité** mettant au supposé contrefacteur la charge de la **preuve de l'absence d'originalité**, ce qui permet de respecter l'esprit des dispositions impératives de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle".*

- deux arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 26 novembre 2009⁴³ fondés sur la situation spécifique des organismes de gestion collective (OGC) :

*"Le rôle de la Sacem consiste à percevoir auprès des utilisateurs les rémunérations dues en contrepartie des exploitations faites des œuvres déclarées à son répertoire sur lesquelles elle n'a pas à exercer un contrôle préalable, (notamment articles 29 et 38 des statuts de la Sacem). La déclaration est faite sous la responsabilité du déclarant, qui est seul garant, notamment à l'égard des tiers, de l'originalité de son œuvre et de ses droits sur celle-ci. Il **appartient en conséquence à celui qui conteste le caractère original d'une œuvre musicale de rapporter la preuve contraire**".*

- un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 décembre 2009⁴⁴ :

*"Considérant que contrairement à ce que soutiennent les intimées, **ce n'est pas aux appelants à rapporter la preuve de l'originalité** du modèle qu'ils revendiquent, mais à elles **d'établir que cette création ne pourrait pas être éligible à la protection** conférée par le droit d'auteur."*

- un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 21 mars 2013⁴⁵ :

"en application des dispositions de l'article L111-1, la charge de la preuve du défaut d'originalité de l'œuvre repose sur la personne poursuivie en contrefaçon et non sur l'auteur d'une œuvre de l'esprit qui, aux termes des dispositions de l'article précité, jouit sur

⁴¹ Par ex. : TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 25 mai 2018, n°17/00224 : "A défaut pour Mme XY de justifier de l'originalité de ces deux vêtements, elle sera **déboutée** de ses demandes fondées sur le droit d'auteur."

⁴² CA de Montpellier, 2^{ème} Ch. A, 17 juin 2003, n° 02/20650.

⁴³ CA Aix-en-Provence, 1^{ère} Ch. C, 26 novembre 2009, n°09/01330 et n°09/01245.

⁴⁴ CA Paris Pôle 5 ch. 2, 18 décembre 2009, n°08/21617.

⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 21 mars 2013, n° 11/11735, pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-20.209.

cette œuvre du seul fait de sa création d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous" (Motifs adoptés du jugement de première instance).

1.5.2 - La position contraire des juridictions pénales

Les procès en contrefaçon menés devant les juridictions pénales diffèrent par de nombreux aspects de ceux jugés au civil.

Entre autres différences, il n'y a pas de mise en état et il est fréquent de ne connaître la position des prévenus que le jour de l'audience, par des conclusions déposées "à la barre".

Le juge pénal est également le juge naturel d'affaires portant sur des "masses contrefaisantes" de plusieurs milliers d'œuvres dans lesquelles l'identification des responsables et la mesure de l'activité litigieuse nécessitent une enquête préalable.

Ces affaires concernent souvent, notamment dans le cas de plateformes de téléchargement ou de streaming illicites, des œuvres musicales et audiovisuelles (films cinématographiques, séries, dessins animés ...) particulièrement prisées par le public et dont nul ne songerait à contester sérieusement l'originalité.

La nécessité qui s'est fait jour, dans le procès civil, d'explicitier en demande l'originalité de chaque œuvre revendiquée, a été invoquée, dans le cadre correctionnel, pour tenter d'obtenir l'irrecevabilité des constitutions de partie civile.

Là où la démonstration de l'originalité était impossible compte tenu du nombre d'œuvres en cause, les prévenus ont tenté d'en tirer argument, non pas pour contester l'élément légal du délit, mais la réparation sollicitée par les parties civiles.

Les juridictions correctionnelles n'ont pas suivi les prévenus sur ce terrain, relevant en substance que c'était précisément en raison de leur originalité et de leur succès que les œuvres en cause étaient sélectionnées pour être illicitement exploitées⁴⁶.

Au contraire de la tendance majoritaire au civil, les juridictions correctionnelles ont consacré une présomption d'originalité qu'illustrent notamment les décisions suivantes :

- un jugement du TGI de La Rochelle du 22 octobre 2015⁴⁷ rendu dans une affaire concernant un site de référencement de liens permettant de télécharger des œuvres sur le réseau *BitTorrent*, en l'occurrence, plusieurs milliers d'albums de musique, de vidéos de concerts et de films cinématographiques :

"Il convient également de rappeler que les œuvres de l'esprit sont protégées du seul fait de leur création (L111-1 CPI) et qu'il appartient au prévenu de démontrer le caractère contestable ou l'absence d'originalité d'œuvres alors qu'il n'avait jusqu'alors contesté ni l'originalité ni le caractère protégé de celles-ci et alors qu'il a permis qu'elles soient téléchargées plusieurs milliers de fois après avoir été copiées (fichiers rip)."

⁴⁶ V. par ex : TGI Paris, 31^{ème} ch. 1, 17 juin 2015, P051168090010 : *"En l'espèce, ces liens correspondent bien à des films, car la raison d'être de la GGTEAM était de certifier la qualité des liens postés sur les forums, et de vérifier la possibilité de télécharger les œuvres originales. La preuve de l'originalité des œuvres, dont les liens figuraient sur les forums de contrefaçon est donc établie par les prévenus eux-mêmes et par le label GGT, ainsi que par les constats des enquêteurs"* ; confirmé par CA Paris, Pôle 5 Ch. 13, 17 mars 2017, n°15/06641.

⁴⁷ TGI La Rochelle, ch. correct., 22 octobre 2015, P 14064000001.

- un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 octobre 2016⁴⁸ concernant un site de *peer to peer*, dont l'exploitant proposait et gérait un catalogue régulièrement mis à jour de 7 713 films, séries télévisées, vidéos de spectacles, dessins animés et mangas contrefaits :

"A l'évidence, des productions cinématographiques mais aussi des séries télévisées sont, de par leur créativité et leur complexité et quelle qu'en soit la qualité, des œuvres originales et protégées par le code de la propriété intellectuelle ; qu'il en est ainsi des œuvres dont la notoriété est publique, expressément inventoriées par les services de police, par les enquêteurs de l'ALPA ou par des huissiers (...) par exemple Superman Returns, Les Choristes, Da Vinci Code, les Bronzés 3, Bambi, Pirate des Caraïbes II, King Kong ou Il était une fois dans l'Ouest ; qu'il en est de même des 4 462 fiches figurant sur le catalogue du site ou les œuvres correspondant aux 7 113 fiches recensées sur la partie administrative du site (...) le fait même de figurer au répertoire Emule-paradise sous la catégorie film sur la base de fiches copiées sur le site Allociné, permet d'en déduire exactement la nature d'œuvre protégées ; que ces films figurant sur le site Emule-paradise reflètent, sauf preuve contraire, la personnalité de leur auteur et sont originales (...)."

Le pourvoi formé contre cet arrêt lui reprochait de s'être borné "à affirmer que les 7 713 fiches retrouvées sur le site se rapportaient à autant d'œuvres dont l'originalité n'était pas contestable du seul fait qu'elles renvoyaient à des films dont, pour certains d'entre eux, la notoriété était publique, sans même individualiser les créations en cause et préciser, fût-ce succinctement, si elles exprimaient la personnalité de leur auteur".

La Cour de cassation l'a rejeté par arrêt du 27 février 2018⁴⁹, considérant "que pour admettre le caractère protégé desdites œuvres au regard de la propriété intellectuelle, l'arrêt attaqué retient leur créativité et leur complexité, quelle qu'en soit la qualité par ailleurs", ces énonciations étant "exemptes d'insuffisance et relevant de son pouvoir souverain d'apprécier le caractère d'originalité d'une œuvre de l'esprit et les éléments de preuve contradictoirement débattus".

- un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 mars 2017⁵⁰, dans une affaire concernant 425 films contrefaits qui a rejeté en ces termes la fin de non-recevoir invoquée par le prévenu au motif que la partie civile ne démontrait pas l'originalité des œuvres :

"Mais outre que l'originalité des œuvres n'a jamais été contestée, c'est au prévenu qu'il appartient de démontrer le caractère contestable ou l'absence d'originalité d'œuvres".

La jurisprudence diffère donc entre les juridictions civiles et correctionnelles.

2 - Teneur de l'obligation

Seront successivement examinés l'originalité qui est l'objet de la justification requise (2.1), sa subordination ou non à l'existence d'une contestation en défense (2.2), ce qui est précisément requis du demandeur : expliciter ou prouver ? (2.3) et à la manière dont il peut s'acquitter concrètement de cette obligation (2.4).

⁴⁸ CA Paris, Pôle 5 ch.12, 18 octobre 2016, n°15/06283.

⁴⁹ Cass. crim., 27 février 2018, n°16-86.881.

⁵⁰ CA Paris, Pôle 5 Ch. 13, 17 mars 2017 n°15/06641 ; confirmation de TGI Paris, 31/1, 17 juin 2015. Me Benazeraf précise qu'elle est intervenue en qualité d'avocat dans certaines de ces affaires.

2.1 - L'objet de la démonstration : l'originalité

2.1.1 - Une condition indiscutable de la protection

2.1.1.1 - L'absence de fondement textuel général

L'originalité constitue indiscutablement une condition d'accès à la protection du droit d'auteur bien qu'elle ne soit globalement requise par aucun texte, que ce soit en droit interne ou dans les instruments internationaux et européens, à l'exception de dispositions spécifiques concernant certaines œuvres en particulier.

En droit interne, l'originalité n'est mentionnée comme condition d'accès à la protection qu'en ce qui concerne les titres, à l'article L. 122-4 du CPI⁵¹.

L'adjectif "original" figure certes à trois reprises dans le CPI, mais dans une acception différente, soit pour désigner le support de l'œuvre, à l'article L. 122-8 au sujet du droit de suite⁵², soit comme synonyme d'"originaire", aux articles L.112-3 concernant les œuvres transformatives⁵³ et L.122-5 2° pour l'exception copie privée⁵⁴.

Si le législateur n'est pas intervenu positivement pour exprimer la condition, il n'est pas exclu qu'il l'ait tenue pour acquise, si l'on considère que "*lors des travaux parlementaires de la loi de 1957, fut retiré un amendement tendant à assortir l'expression 'ouvrages plastiques', figurant à la fin de l'article 3, du qualificatif 'originaux' au prétexte que la condition s'impose d'elle-même et doit être considérée comme étant sous-entendue*"⁵⁵.

Curieusement, la même situation s'était présentée à l'époque révolutionnaire : la condition d'originalité, mentionnée dans le projet de loi de septembre 1791, n'a pas été retenue, le législateur préférant se référer aux productions "*de l'esprit et du génie*"⁵⁶ (art. 7 du décret-loi des 19-24 juillet 1793⁵⁷).

En tous cas, la Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 3 février 2004⁵⁸, que l'exigence d'originalité ne constituait pas un ajout à la loi entraînant une violation des articles L. 111-1, L.112-2 et L. 122-2 du CPI.

La Cour suprême a en effet rejeté en ces termes le moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir "*ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas*" et "*violé les articles L. 111-1, L.112-2 et L. 122-2, du Code de la propriété intellectuelle*" en exigeant, pour que les photographies en cause constituent une œuvre de l'esprit, que leurs auteurs aient exercé, sur leurs sujets, une "*action singulière susceptible de faire transparaître leur sensibilité et leurs compétences personnelles*" :

⁵¹ "*Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même.*"

⁵² "*Les auteurs d'œuvres originales graphiques et plastiques ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen bénéficient d'un droit de suite (...)*".

⁵³ "*Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale*".

⁵⁴ "*(...) à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été (...)*".

⁵⁵ André Lucas et Pierre Sirinelli, "L'originalité en droit d'auteur", *JCP G*, 1993, I, étude 3681, n°7, citant Le Tarneq, *Manuel Dalloz*, n°187.

⁵⁶ Laurent Pfister, *Jurisclasseur fasc. 1110, "Histoire du droit d'auteur"*, n°44, 1^{er} Septembre 2010.

⁵⁷ "*Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années.*"

⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, n°02-11.400.

"Mais attendu qu'ayant relevé que les photographes étaient postés aux endroits qui leur étaient imposés (...) **la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain, jugé que les photographies en cause étaient dépourvues d'originalité** comme ne reproduisant que des scènes d'une grande banalité sans que la sensibilité du photographe ou ses compétences personnelles transparaissent ; que le moyen ne peut être accueilli".

La Cour d'appel de Paris⁵⁹, refusant de transmettre une QPC, a également jugé que, bien que non expressément requise par la loi, "l'exigence d'originalité [n'était] pas contraire à la constitution", aux motifs que :

"les œuvres de l'esprit n'ayant pas vocation à bénéficier dans leur ensemble, dès lors que la propriété intellectuelle n'est pas un droit général et absolu, de la protection sans formalités par elles instaurée mais requérant, pour accéder à la protection du droit d'auteur, qu'elles s'expriment sous une forme communicable au public et qu'elles procèdent de choix exprimant la personnalité de son auteur".

En droit international, au sein de la Convention de Berne, le mot "original" figure à quelques reprises⁶⁰, mais jamais au sens considéré de condition d'accès à la protection.

La seule condition d'accès à la protection, posée à l'article 2 (5), réside dans le fait de constituer une "création intellectuelle"⁶¹ et ne concerne que les recueils, encyclopédies et anthologies.

En droit de l'Union, trois directives spéciales disposent respectivement que les programmes d'ordinateur et les photographies sont protégés si ces œuvres sont originales, c'est-à-dire si elles constituent chacune une "création intellectuelle propre à son auteur", et que la protection des bases de données est soumise à la condition que l'œuvre constitue une "création intellectuelle propre à son auteur" (le terme "original" n'étant pas utilisé dans la directive base de données). Il s'agit de :

- la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des **programmes d'ordinateur**, article 1 (3) :

⁵⁹ CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 11 avril 2014, n°13/23575.

⁶⁰ Article 2 : "(3) Sont protégés comme des **œuvres originales**, sans préjudice des droits de l'auteur de **l'œuvre originale**, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique.

Article 8 (Droit de traduction) : "Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent, pendant toute la durée de leurs droits sur **l'œuvre originale**, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres."

Article 11 (Droit de représentation ou d'exécution publiques et de transmission publique d'une représentation ou exécution) : "(2) Les mêmes droits sont accordés aux auteurs d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales pendant toute la durée de leurs droits sur **l'œuvre originale**, en ce qui concerne la traduction de leurs œuvres."

Article 14 bis : "(1) Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est **protégée comme une œuvre originale**. (...)";

Article 14^{ter} qui institue un droit de suite "En ce qui concerne les **œuvres d'art originales** et les **manuscrits originaux** des écrivains et compositeurs";

Article 16 : "Toute œuvre contrefaite peut être saisie dans les pays de l'Union où **l'œuvre originale** a droit à la protection légale."

⁶¹ "(5) Les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, **constituent des créations intellectuelles** sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils."

"Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection."

- la directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993, codifiée par la directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, dont l'article 6 concerne la protection des **photographies** :

"Les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1^{er}. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection. Les États membres peuvent prévoir la protection d'autres photographies."

Il convient d'observer que cette directive contient un surprenant considérant 16 se référant à la notion de "reflet de la personnalité de l'auteur" censée figurer dans la Convention de Berne :

"La protection des photographies dans les États membres fait l'objet de différents régimes. Une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou la destination, ne soient pris en compte. La protection des autres photographies doit pouvoir être régie par la législation nationale." ⁶²

L'affirmation est pourtant **inexacte** puisque ni la notion d'originalité (au sens de condition de la protection) ni celle de reflet de la personnalité de l'auteur ne figurent dans la Convention de Berne⁶³.

- la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des **bases de données**, article 3 - Objet de la protection :

"1. Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection."

La condition d'originalité est en revanche **absente de la directive 2001/29** qui exprime le droit commun du droit d'auteur applicable à l'ensemble des œuvres (tout en préservant l'acquis des directives spéciales).

2.1.1.2 - Une construction prétorienne

La consécration du critère d'originalité comme condition générale d'accès à la protection est ainsi une création jurisprudentielle tant en droit interne qu'en droit de l'Union.

En France, il faut cependant observer qu'historiquement, le premier critère de discrimination permettant de distinguer les œuvres éligibles à la protection des œuvres non protégeables n'a pas été l'originalité mais la **nouveauté**, associée à l'exigence d'un **travail intellectuel**.

⁶² Considérant (16) de la version consolidée correspondant au Considérant (17) de la version de 1993 ; le **texte du considérant (17) a été modifié dans la version de 2006, sauf en ce qui concerne le passage cité.**

⁶³ Seul l'article 2.5, comme rappelé ci-dessus, utilise la notion de "création intellectuelle", exclusivement pour les recueils d'œuvres littéraires, encyclopédies et anthologies.

Par un arrêt du 2 décembre 1814⁶⁴, la Cour de cassation a en effet considéré qu'il résultait de l'article 7 du décret-loi des 19-24 juillet 1793, visant les œuvres qui sont le produit du "génie", mais également, de "l'esprit", que la protection s'appliquait à tout ouvrage exigeant "un travail de l'esprit" et prenant "une *forme nouvelle et un caractère nouveau*"⁶⁵.

Laurent Pfister fait observer que "l'application de ces critères [a] conduit les tribunaux à admettre la protection d'un grand nombre d'ouvrages, souvent à vocation utilitaire : des compilations, des abrégés, des commentaires, notes et additions, des tableaux synoptiques, des almanachs, des annuaires, des tarifs, des catalogues, des arrangements musicaux..."⁶⁶.

Cet historien du droit d'auteur montre que la **condition d'originalité** s'est fait jour **dans un second temps**, à partir des années 1840. Son émergence serait liée "à la multiplication de litiges relatifs à des productions dont la protection n'était pas évidente ou n'avait pas été prévue expressément par les lois"⁶⁷.

Ainsi, par arrêt du 27 janvier 1841, la Cour d'appel de Paris a-t-elle motivé la protection d'une œuvre de sculpture (genre non prévu par la loi), par le fait qu'il s'agissait d'une "création qui porte l'empreinte [du] talent [de son auteur] et qui reçoit de sa main un caractère d'**originalité** suffisant pour constituer à son profit une propriété particulière"⁶⁸.

La même Cour a jugé, en 1862, que certaines photographies pouvaient "jouir de la protection accordée par la loi de 1793 aux ouvriers de l'esprit"⁶⁹ en faisant, semble-t-il pour la première fois, référence à la notion d'**empreinte de la personnalité de l'auteur**.

Rejetant le pourvoi par arrêt du 28 novembre 1862⁷⁰, la Cour de cassation, sous couvert d'appréciation souveraine des juges du fond, a de fait entériné l'utilisation de ce nouveau concept :

"Attendu que (...) la loi n'ayant pas défini les caractères qui constituent pour un produit artistique une création de l'esprit ou du génie, il appartient au juge du fait de déclarer, par une constatation nécessairement souveraine, si le produit déféré à leur appréciation rentre par sa nature dans les œuvres d'art protégées par la loi du 19 juillet 1793 ; (...) que l'arrêt précise et détaille les circonstances et conditions qui, abandonnées au sentiment artistique, 'peuvent donner à l'œuvre du photographe l'empreinte de sa personnalité, telles que le choix du point de vue, la combinaison des effets de lumière et d'ombre, dans la reproduction des paysages, et, en outre, dans les portraits, la pose du sujet, l'agencement du costume et des accessoires' ; (...) que cette appréciation de fait est souveraine et définitive ; qu'elle échappe au contrôle de la cour de cassation."

Pour autant, la condition de **nouveauté** n'avait pas disparu et **continuait de coexister** avec celle d'**originalité**⁷¹, les deux critères pouvant même sembler alternatifs, si l'on se réfère à un arrêt de la Cour de cassation ayant jugé, à propos d'une éphéméride, que :

⁶⁴ Cass. crim., 2 déc. 1814 : S. 1812-1814, 1, p.637.

⁶⁵ Laurent Pfister, Jurisclasseur fasc. 1110, "Histoire du droit d'auteur", n°61.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ CA Paris, 27 janv. 1841, Rép. méth. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique, 1857, t. 38, n° 395, p. 506, note 1, cité par L. Pfister.

⁶⁹ CA Paris, 10 avr. 1862, D. 1863, 1, p. 53.

⁷⁰ Cass. crim., 28 nov. 1862, D. 1863, 1, p. 54.

⁷¹ Laurent Pfister, préc., n°62.

"le droit de propriété (...) ne comprend **pas seulement les créations entièrement originales**, mais s'étend également aux ouvrages dont les éléments bien qu'empruntés à des publications antérieures, ont été choisis avec discernement, disposés dans un ordre **nouveau**, revêtus d'une forme **nouvelle** et appropriés avec intelligence"⁷².

Laurent Pfister observe ainsi que, "tout en construisant une définition personnaliste de l'œuvre, fondée sur l'originalité, les juridictions sont loin de l'avoir appliquée toujours avec beaucoup de rigueur"⁷³.

Il faudra attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour que la condition d'originalité soit systématisée par la jurisprudence, sous l'influence de Desbois.

Jusqu'alors, la doctrine était curieusement restée "pratiquement muette sur la question"⁷⁴, à l'exception peut-être de Pouillet, qui écrivait : "il y a création dans le sens juridique du terme parce qu'il y a production d'une chose qui n'existait pas et que cette chose porte en elle l'empreinte du travail personnel de l'auteur"⁷⁵.

Aujourd'hui, l'originalité s'est affirmée comme constituant **le seul critère d'admission à la protection** des œuvres de l'esprit et la jurisprudence s'attache à rappeler régulièrement que l'originalité n'est pas la nouveauté et que cette dernière est indifférente à la caractérisation de l'originalité⁷⁶.

La réalité est cependant plus complexe. Comme le souligne une partie de la doctrine⁷⁷, en pratique, les deux notions peuvent avoir tendance à se confondre, tout au moins pour certaines catégories d'œuvres, telles que les logiciels⁷⁸ et les œuvres musicales⁷⁹.

⁷² Cass. crim., 27 nov. 1869, D. 1870, 2, p. 186, cité par L. Pfister.

⁷³ Laurent Pfister, préc., n°62.

⁷⁴ André Lucas et Pierre Sirinelli, "L'originalité en droit d'auteur", *JCP G*, 1993, I, étude 3681, n°7.

⁷⁵ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} éd. 1894, n°12 et 18, cité par Valérie-Laure Benabou in "L'originalité, un Janus juridique regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union", Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis 2014, p. 17.

⁷⁶ Par ex. : TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 5 oct 2017, n°16/12105 : "**Et, les notions de nouveauté et d'originalité sont distinctes**, la seconde présupposant certes objectivement la première mais y ajoutant une dimension subjective résidant dans l'incarnation formelle de choix exprimant une personnalité" ; Cass., civ. 1, 24 Octobre 2018, n° 16-23.214 : "**Attendu qu'après avoir énoncé, à bon droit, que la notion de nouveauté est indifférente à la caractérisation de l'originalité d'une œuvre, (...)**".

CA Paris, Pôle 5 Ch. 1, 24 sept 2019, n°18/0014 : "**Il doit être rappelé que la notion d'antériorité est indifférente en droit d'auteur, celui qui se prévaut de cette protection devant plutôt justifier de ce que l'œuvre revendiquée présente une physionomie propre traduisant un parti pris esthétique et reflétant l'empreinte de la personnalité de son auteur.**"

⁷⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^{ème} éd. 2019, n°35, p. 51-52 : "**en pratique, les deux notions se confondent**" ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^{ème} éd. 2017, n°85, p.81 : "**Une œuvre originale est une œuvre nouvelle**" ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2019, n°271, p.304-305 : "**L'originalité n'est que la nouveauté autrement appréhendée**".

⁷⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et Carine Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd. 2017, n°117, p.139.

⁷⁹ CA Versailles, 1^{ère} Ch. 1^{ère} section, 21 avril 2020, n°16/00766 : "**Considérant qu'aucun expert n'a fait état, dans des œuvres précédentes, d'une telle répétition ; que les appelants ne justifient pas d'œuvres antérieures adoptant, de la même manière, la même combinaison ; qu'aucune antériorité ne peut dès lors être opposée à M. C. au titre de cette séquence sonore**" ;

A. Lucas, A. Lucas Schloetter et Carine Bernault, préc. n°118 : "**On sait d'ailleurs que la notion d'antériorité est très souvent utilisée en pratique pour apprécier l'originalité d'une œuvre musicale**" ;

En matière de modèles, même lorsque les décisions rappellent que "la notion d'antériorité est indifférente en droit d'auteur", l'affirmation est nuancée par la prise en compte de l'environnement existant : "Toutefois, **l'originalité doit être appréciée au regard d'œuvres déjà connues** afin de déterminer si la création revendiquée s'en dégage d'une manière suffisamment nette et significative, et si ces différences résultent d'un effort de création, marquant l'œuvre revendiquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur"⁸⁰.

En droit de l'Union, la Cour de Justice, par son arrêt *Infopaq 1* du 16 juillet 2009 (C-5/08), a étendu à l'ensemble des œuvres l'exigence d'originalité requise par les trois directives spéciales précitées concernant les photographies⁸¹, les bases de données⁸² et les programmes d'ordinateur⁸³.

Elle a en effet considéré qu'"En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée, ainsi qu'il ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtième considérants⁸⁴, sur le **même principe**" (point 36), pour en déduire, à propos d'une séquence de 11 mots reproduits de part et d'autre d'un mot clé et puisés dans un texte protégé que :

A. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 2010, n° 207.24 : "Le recours à la nouveauté, comme critère de protection, est discutable mais justifié par la nature immatérielle des sons, dont la circulation est incontrôlable. Nous sommes tous imprégnés, quotidiennement, par des musiques nouvelles et bien souvent la composition "nouvelle" n'est que la restitution d'une mélodie enregistrée mécaniquement par la mémoire du soi-disant compositeur. En d'autres termes, la jurisprudence prend pour postulat l'inexistence de véritables créations musicales, et seule la démonstration de la nouveauté permet d'apporter la preuve contraire" ;

A.-E Kahn, *JCI Civil Annexes Fasc. 1138 : Objet du droit d'auteur. – Notion d'œuvre musicale* (2013), n°48-49 : "Cependant, il n'est pas rare que les tribunaux délaissent, en matière musicale, la notion d'originalité, nécessairement subjective, pour avoir recours au critère plus objectif de la nouveauté (...) et ce, malgré la position pourtant sans ambiguïté de la Cour de cassation qui rappelle qu'une œuvre est protégeable « à la seule condition » de son « caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique » (Cass. 1re civ., 11 févr. 1997 : *JCP G* 1997, II, 22973, 1^{re} esp., note X. Daverat ; D. 1998, jurispr. p. 291, note F. Greffe ; *RTD com.* 1999, p. 391, obs. A. Françon). (...) Depuis de nombreuses années déjà, les tribunaux n'hésitent pas à considérer que la condition d'originalité d'une œuvre, condition essentielle pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, est remplie toutes les fois qu'il est possible de constater qu'il n'existe aucune antériorité musicale" (TGI Paris, 3e ch., 2 juin 1987, Apache Collection c/ Jingle Production : *Cah. dr. auteur* févr. 1988, p. 28. – TGI Paris, 3e ch., 29 juin 1987, V. Sanson c/ R. Palmer : *Cah. dr. auteur* févr. 1988, p. 29. – TGI Paris, 9 janv. 1970, préc. n° 23, qui relève que "les défenseurs contestent l'originalité des chansons prétendument contrefaites, mais s'abstiennent de produire aucun élément et, notamment aucune antériorité à l'appui de leurs prétentions". – CA Paris, 4e ch., 19 nov. 1985, préc. n° 19). (...) En réalité, le recours à la notion d'antériorités permet aux juges de s'appuyer sur des indices, dans un domaine où l'appréciation de l'originalité est très délicate et subtile en raison de la nature immatérielle des sons. Il ne s'agit pas d'une volonté de faire prévaloir le critère de la nouveauté sur celui de l'originalité, qui ne disparaît pas pour autant, mais plutôt de faciliter la preuve de l'originalité de l'œuvre, dont l'appréciation ne repose souvent que sur des éléments de détail. L'existence d'une antériorité va permettre de confirmer l'absence ou non d'originalité de l'œuvre".

⁸⁰ CA Paris, Pôle 5 Ch. 1, 24 sept 2019, n°18/0014, préc.

⁸¹ Directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993, codifiée par la directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, dont l'article 6 concerne la protection des photographies.

⁸² Directive 96/9/CE 11 mars 1996, étant rappelé qu'aux termes de celle-ci, la protection est soumise à la condition que la base de données constitue une "création intellectuelle propre à son auteur" (le mot "original" n'étant pas mentionné).

⁸³ Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009.

⁸⁴ Le considérant pertinent est le considérant 20 : "La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives [91/250] [...] et [96/9]. Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les

"Dans ces conditions, le droit d'auteur au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur" (point 37).

Ce faisant, la Cour a érigé l'originalité et, plus généralement, le concept d'œuvre, en notion autonome de droit de l'Union.

Depuis l'arrêt *Infopaq 1*, onze décisions réaffirmant l'exigence d'originalité ont été rendues par la CJUE, dont deux concernant des programmes d'ordinateur⁸⁵, deux des photographies⁸⁶, une une base de données⁸⁷ et les six autres⁸⁸, des objets non couverts par les directives spéciales précitées.

A la différence de l'approche française, où l'originalité est une caractéristique extrinsèque de l'œuvre requise pour que sa protection soit admise⁸⁹, la Cour de Justice en fait une **composante même de la notion d'œuvre** - ce qui peut apparaître comme une "erreur logique" aux yeux de certains commentateurs⁹⁰ - en sorte qu'une création dépourvue d'originalité ne constitue pas une œuvre.

Cette conception est clairement exprimée depuis l'arrêt *Levola* et, en dernier lieu, dans l'arrêt *Brompton Bicycle* du 11 juin 2020 :

"Selon une jurisprudence constante de la Cour, la notion d'« œuvre » est constituée de deux éléments. D'une part, elle implique un objet original qui est une création intellectuelle propre à son auteur et, d'autre part, elle exige l'expression de cette création" (point 22).

2.1.2 - Notion d'originalité

L'originalité n'est certes pas le sujet du présent rapport mais elle n'en constitue pas moins l'objet de la démonstration imposée à celui qui entend faire valoir ses droits d'auteur, en sorte que la question de sa consistance ne peut ici être éludée.

Le rapport s'efforcera de cerner au plus près les critères utilisés par la jurisprudence interne comme européenne avant de résumer les critiques quasi unanimes que concentre la notion d'originalité. Ces critiques permettent en effet de mieux saisir les difficultés auxquelles l'auteur ou son ayant droit se trouve confronté pour la caractériser.

dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement."

⁸⁵ 2 mai 2012, *SAS Institute*, C-406/10 ; 23 janvier 2014, *Nintendo*, C-355/12.

⁸⁶ 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer*, C-145/10 ; 7 août 2018, *Dirk Renckhoff*, C-161/17.

⁸⁷ 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10.

⁸⁸ 22 décembre 2010, *BSA*, C-393/09 (interface graphique) ; 4 octobre 2011, *Premier League*, C-403/08 et C-429/08 (rencontres sportives) ; 13 novembre 2018, *Levola*, C-310/17 (saveur d'un fromage) ; 29 juillet 2019, *Funke Medien*, C-469/17 (rapports militaires) ; 12 septembre 2019, *Cofemel*, C-683 (modèle de denim) ; 11 juin 2020, *Brompton Bicycle Ltd*, C-833/18 (modèle de vélo pliant).

⁸⁹ En droit interne, on envisage séparément la qualification d'œuvre, puis la vérification de son caractère original qui conditionne la protection. V, cependant, qui déduit de l'absence d'originalité l'absence de qualité d'œuvre de l'esprit, CA Rennes, 1^{re} ch., 11 févr. 2020, n° 18/03718 : n'étant pas originale, "la photographie litigieuse ne constitue dès lors pas une œuvre de l'esprit au sens de l'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle."

⁹⁰ Valérie-Laure Benabou, "L'originalité, un Janus juridique regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union", Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis 2014, p. 25, préc.

2.1.2.1 - Les critères jurisprudentiels

La jurisprudence interne

La mission a fait choix de privilégier les décisions les plus récentes, la jurisprudence antérieure ayant été abondamment étudiée.

Ce parti pris a néanmoins pour inconvénient de livrer un tableau nécessairement incomplet, du fait que la majorité des litiges concerne des modèles ou des photographies, en sorte que pour d'autres types d'œuvres, les décisions, plus rares, n'ont pas été recensées récemment. On renverra, à cet égard, au *Traité* précité d'A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault (p. 130 à 159) qui comprend, sur le sujet, l'étude la plus complète distinguant selon les catégories d'œuvres.

Il convient également de préciser que les principales bases de données jurisprudentielles recensent majoritairement des décisions émanant du Tribunal judiciaire et de la Cour d'appel de Paris. La mission s'est efforcée de rechercher autant que possible des arrêts récents des autres Cours d'appel spécialisées, sans pouvoir néanmoins compenser ce déséquilibre.

L'étude ayant ainsi pu être menée révèle l'absence d'une définition stabilisée de l'originalité.

Des divergences quant aux critères utilisés apparaissent en effet aussi bien entre les juridictions parisiennes et provinciales qu'à Paris, entre le Tribunal et la Cour d'appel, voire au sein même de ces juridictions.

Si l'on compare, par exemple, les quatre arrêts ci-dessous de la Cour d'appel de Paris, dont les dates sont relativement proches, on constate qu'aucun n'utilise la même formulation :

*"L'originalité d'une œuvre doit s'apprécier de manière globale de sorte que la combinaison des éléments qui la caractérise du fait de leur agencement particulier lui confère **une physionomie propre** qui démontre **l'effort créatif** et le **parti pris esthétique portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur**"* (CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 18/20559) ;

*"Le droit d'auteur exigeant seulement que celui qui se prévaut de ces dispositions justifie de ce que l'œuvre revendiquée traduit **des choix propres** et un **parti pris esthétique** reflétant **l'empreinte de sa personnalité**"* (CA Paris, pôle 5 - ch. 2, 24 janv. 2020, n° 18/06949) ;

*"L'originalité de l'œuvre, qu'il appartient à celui qui invoque la protection de caractériser, suppose qu'elle soit **issue d'un travail créatif** et résulte de **choix arbitraires** lui conférant une **physionomie propre, révélatrice de la personnalité de son auteur**"* (CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 18 févr. 2020, n° 18/00175) ;

*"[...] cliché qui révèle, par la combinaison des éléments qui le composent, **les choix créatifs et esthétiques** qu'il a opérés, **révélateurs de sa personnalité**"* (CA Paris Pôle 5- ch. 1, 17 déc. 2019 n°17/09695) ;

Si chacune d'elles se clôt par la nécessité, pour les critères énoncés, de "refléter", "révéler" ou "porter" la personnalité de l'auteur, ces critères ne sont pas identiques.

En effet :

- la notion de "**physionomie propre**", présente dans les 1^{er} et 3^{ème} arrêts, est absente des deux autres,
- le mot "**créatif**", respectivement associé à "effort", "travail" et "choix" dans les 1^{er}, 3^{ème} et 4^{ème} arrêts, ne figure pas dans le 2^{ème},

- le critère **esthétique** ("*parti pris esthétique*", "*choix créatifs et esthétiques*") figure dans les 1^{er}, 2^{ème} et 4^{ème} arrêts, mais pas dans le 3^{ème},
- le terme "**choix**" ne figure pas dans le 1^{er} arrêt ; on peut toutefois considérer que l'expression "parti pris" en est un synonyme. Mais ce "choix" ou "parti pris" est qualifié différemment : "*parti pris esthétique*", "*choix propres*", "*choix arbitraires*", "*choix créatifs et esthétiques*".

L'utilisation d'un critère spécifique aux **logiciels**, qui est une constante depuis l'arrêt *Pachot*⁹¹, est quant à elle confirmée par un arrêt du 7 mai 2019 considérant que l'originalité, dans ce domaine, "*réside dans la preuve d'un effort personnalisé de l'auteur, allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, dans une structure individualisée*"⁹².

Au niveau du Tribunal judiciaire, plusieurs acceptions semblent coexister :

*"L'originalité de l'œuvre, qu'il appartient à celui invoquant la protection de caractériser suppose qu'elle soit issue d'un travail libre et créatif et résulte de choix arbitraires révélant la personnalité de son auteur."*⁹³ ;

*"La protection d'une œuvre de l'esprit est acquise à son auteur sans formalité et du seul fait de la création d'une forme originale en ce sens qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et n'est pas la banale reprise d'un fonds commun non appropriable."*⁹⁴ ;

*"L'originalité d'une œuvre doit s'apprécier de manière globale de sorte que la combinaison des éléments qui la caractérise du fait de leur agencement particulier lui confère une **physionomie propre** qui démontre l'effort créatif et le **parti pris esthétique** portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur."*⁹⁵

Hormis la révélation ou l'empreinte de la personnalité de l'auteur, marqueur traditionnel de l'originalité dans la jurisprudence française, ces définitions n'ont guère de point commun.

A l'exception de la troisième définition, qui reproduit l'attendu du 1^{er} arrêt précité de la Cour d'appel, les deux autres ne partagent pas davantage de critères avec les formulations utilisées par la Cour.

Si l'on tente néanmoins de systématiser la motivation des décisions du Tribunal et de la Cour, on observe que :

- Celles-ci associent plusieurs critères censés révéler la personnalité de l'auteur parmi lesquels figure **quasi systématiquement** celui du "**choix**" ou du "**parti pris**" de l'auteur.
- Ce choix ou parti pris est majoritairement "**esthétique**" dans les arrêts de la Cour⁹⁶ et le plus souvent "**arbitraire**" dans les jugements du Tribunal⁹⁷.

⁹¹ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n°83-10.477, définissant l'originalité comme la "*marque d'un apport intellectuel*".

⁹² CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 7 mai 2019, n° 16/11002.

⁹³ TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 22 mars 2019, n°17/15214 (modèle de sac) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 8 février 2019, n°16/09059 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018 n°16/14543 (brochure d'un programme d'un théâtre) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°17-03836 (articles de journaux et photographies).

⁹⁴ TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section 9 mai 2019, n°17/15510 (œuvres de l'écrit) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section 6 juin 2019, n° 18/06915 (scénario).

⁹⁵ TGI Paris, 3^e ch. 1^{ère} section, 25 juill. 2019, n°17/08246 (modèle de boîtier).

⁹⁶ CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 18/20559, préc. "*choix créatifs et esthétiques*" (modèle de brosse) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n°19/04123, "*parti pris esthétique empreint de sa personnalité*" (vidéo) ; CA Paris, pôle 5 - ch. 2, 24 janv. 2020, n° 18/06949, préc. "*parti pris esthétique*" (bande dessinée),

- Ce critère "**esthétique**" est quasi systématiquement présent dans les arrêts de la Cour ; il était également utilisé par le Tribunal⁹⁸ mais semble désormais en désuétude, si l'on excepte le jugement précité du 25 juillet 2019 (n°17/08246). Il correspond cependant à la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁹.
- Outre le "choix" ou "parti pris" "esthétique", la Cour fait également quasi systématiquement mention de la notion de "**physionomie propre**" ou "**particulière**" ou de "**forme particulière**", y compris pour des œuvres qui ne constituent pas des

dessins) ; CA Paris Pôle 5- ch. 1, 17 déc. 2019 n°17/09695, préc. "**choix créatifs et esthétiques**" (photographies) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 22 oct. 2019, n° 17/09422, "**parti pris esthétique**" (formats d'émissions de variété) ; CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 5 avr. 2019, n°18/02322 ("**forme particulière** [...] qui traduit un **parti pris esthétique** empreint de la personnalité de son auteur", kit mains libres) ; CA Paris, Pôle 5 ch. 1, 19 mars 2019, n°17/15634 (citant le jugement pour l'approuver : "**physionomie propre** qui démontre l'effort créatif et le **parti pris esthétique** portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur", jeu de dés) ; CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 15 fév. 2019, n°17/21451 ("**parti pris esthétique** empreint de la personnalité de l'auteur", photographies) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 29 janv. 2019, n°17/11182 ("**une physionomie propre** traduisant un **parti pris esthétique** et reflétant l'empreinte de la personnalité de son auteur", modèle de sac) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 25 janv. 2019, n° 17/15416 ("**physionomie propre** qui démontre l'effort créatif et le **parti pris esthétique** portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur", catalogue de formations) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 18 déc. 2018, n°17/05069 ("**une physionomie propre** traduisant un **parti pris esthétique** et reflétant l'empreinte de la personnalité de son auteur", photographies) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 9 nov. 2018, n°17/11524 ("**une physionomie propre** qui la distingue des autres clichés du même genre et qui traduit un **parti pris esthétique** empreint de la personnalité de son auteur", photographies) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 23 oct. 2018, n°17/02880 ("**une physionomie propre** traduisant un **parti pris esthétique** et reflétant la personnalité de son auteur ", visuels de cosmétiques) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 5 oct. 2018, n°18/03595 ("**une physionomie propre** qui démontre l'effort créatif et le **parti pris esthétique** portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur ", reportages documentaires) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 2 fév. 2018, n°16/25462 ("**choix esthétiques** arbitraires révélant la personnalité de l'auteur", photographies).

⁹⁷ TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 22 mars 2019, n°17/15214 préc. (modèle de sac) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 8 février 2019, n°16/09059, préc. ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018 n°2016/14543, préc. (maquette de programme d'un théâtre) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°2017-0306, préc. (articles de journaux) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n° 17/03836 (l'originalité de l'œuvre "*suppose qu'elle soit issue d'un travail créatif et résulte de **choix arbitraires** de son auteur, révélant l'empreinte de la personnalité de son auteur*", articles de presse et photos) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section 25 mai 2018, n° 16/14543 ("*L'originalité de l'œuvre [...] suppose qu'elle soit issue d'un travail créatif et résulte de **choix arbitraires**, révélant l'empreinte de la personnalité de son auteur*", brochure de présentation d'un programme de théâtre) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 5 avr. 2018, n°14/17632 ("**choix arbitraire** de l'auteur", nichoir à oiseaux).

⁹⁸ TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 25 mai 2018, n°17/00224 ("*caractéristiques **esthétiques** ou ornementales séparables de son caractère fonctionnel et qui témoignent d'un effort de création susceptible, en présence de créations antérieures, de l'en dégager d'une manière suffisamment nette et singulière*", modèles de vêtements) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 6 avr. 2018, n°16/07659 ("*L'originalité de l'œuvre ressort notamment de **parti pris esthétiques** et de choix arbitraires qui lui donnent une forme propre de sorte qu'elle porte ainsi l'empreinte de la personnalité de son auteur*", modèle de chaussures) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} section, 15 mars 2018, n°17/02734 ("*une physionomie propre qui démontre l'effort créatif et le **parti pris esthétique***" (modèle de canapé) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 1^{er} fév. 2018, n°16/14294 ("**parti pris esthétique**" modèle de bague) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 1^{er} fév. 2018, n°16/10024 ("*choix exprimant un **parti pris esthétique** et traduisant la personnalité de son auteur*", motif floral).

⁹⁹ V. not. : Cass. com., 10 février 2015, n°13-27.225, approuvant la Cour d'appel d'avoir refusé la protection à un moulinet de pêche nonobstant l'existence d'une combinaison de caractéristiques "dès lors que, même si cette combinaison procède de choix pour partie arbitraires, elle ne s'avère pas de nature à traduire un réel **parti-pris esthétique** empreint de la personnalité de son auteur" ; Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2017, n° 16-18.017, approuvant la Cour d'appel d'avoir débouté les appelants qui "*ne précisaient pas en quoi les caractéristiques des dessins et du jeu revendiqués reflétaient un **parti pris esthétique** portant l'empreinte de la personnalité*".

modèles¹⁰⁰. Ce critère figurait également dans certains jugements du Tribunal¹⁰¹ mais semble lui aussi en voie de disparition, toujours si l'on excepte le jugement du 25 juillet 2019 (n°17/08246).

- Dans les jugements du Tribunal, la notion de **créativité** est souvent présente : "travail libre et **créatif**", "travail créatif", "effort de création", "effort créatif"¹⁰², ce qui est plus rarement le cas dans les arrêts de la Cour.

Donc, en résumé :

- les arrêts de la **Cour** retiennent généralement une "**physionomie propre**" associée à un "**parti pris esthétique**",
- tandis que le Tribunal privilégie un "**travail libre et créatif**" - ou du moins "créatif" - associé à des "**choix arbitraires**".

En région, les formulations proposées pour définir l'originalité semblent combiner moins d'éléments et se résumer souvent à **un seul critère** : "**parti pris esthétique**"¹⁰³, "**choix arbitraires**"¹⁰⁴, **reflet ou empreinte de la personnalité de l'auteur**¹⁰⁵, **frontière entre art et technique**¹⁰⁶.

¹⁰⁰ CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 19/02523, "*physionomie particulière et impression distincte*" (photographies) CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 18/20559, "*physionomie propre*" (modèle de brosse) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 24 janv. 2020, n° 18/06949, "*choix propres*" (bande dessinée, dessins) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 18 févr. 2020, n° 18/00175, "*physionomie propre*" (logo) ; CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 5 av. 2019, n°18/02322 ("*forme particulière*", kit mains libres) ; CA Paris, Pôle 5 ch. 1, 19 mars 2019, n°17/15634 ("*physionomie propre*", jeu de dés) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 29 janv. 2019, n°17/11182 ("*physionomie propre*", modèle de sac) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 25 janv. 2019, n° 17/15416 ("*physionomie propre*", catalogue de formations) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 18 déc. 2018, n°17/05069 ("*physionomie propre*", photographies) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 9 nov. 2018, n°17/11524 ("*physionomie propre*", photographies) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 23 oct. 2018, n°17/02880 ("*physionomie propre*", visuels de cosmétiques) ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 5 oct. 2018, n°18/03595 ("*physionomie propre*", reportages documentaires).

¹⁰¹ Jugements préc. : TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 6 avr. 2018, n°16/07659 ("*forme propre*", modèle de chaussures) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} section, 15 mars 2018, n°17/02734 ("*physionomie propre*" (modèle de canapé).

¹⁰² TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 22 mars 2019, n°17/15214, ("*travail libre et créatif*", modèle de sac) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 8 février 2019, n°16/09059 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°16/14543 ("*travail créatif*", brochure d'un programme d'un théâtre) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°17-03836 ("*travail créatif*", articles de journaux) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 20 déc. 2018, n°17/08935 ("parti pris créatif", photographies) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°17/03836 ("*travail créatif*", articles de presse et photos) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°16/14543 ("*travail créatif*", brochure de présentation d'un programme de théâtre) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} section, 15 mars 2018, n°17/02734 ("*effort créatif*", modèle de canapé) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} section, 15 mars 2018, n°17/02734 ("*effort créatif*", modèle de canapé).

¹⁰³ CA Colmar, ch. 1 a, 11 mai 2020, n° 18/00366 (photographies) : "*La société PLAYA PARAISO ne s'explique pas ici sur les **partis-pris esthétiques** qui auraient précisément conduit à la réalisation de chacune de ces images*".

CA Lyon, 1^{re} ch. civ. a, 4 oct. 2018, n° 16/02972 (plans) : "[...] *identifier les caractéristiques de l'œuvre dont elle demande la protection en ce qu'elles traduisent un **parti pris esthétique et original** et constituent à ce titre une œuvre protégeable*".

¹⁰⁴ CA Douai, ch. 1 sect. 2, 4 juill. 2019, n° 17/07236 (mise en scène) : "[...] *l'originalité de l'œuvre laquelle implique la démonstration de **choix arbitraires** de son auteur*".

¹⁰⁵ CA Versailles, 4^e ch., 14 sept. 2020, n° 18/06039 : Pour bénéficier de cette protection, l'œuvre doit revêtir une forme sensible originale qui suppose de porter l'empreinte de la personnalité de son auteur" ; CA Rennes, 3^e ch. com., 5 févr. 2019, n° 16/02970 (plans) : "*l'originalité s'entendant de celle qui **reflète la personnalité***"

Parfois se retrouvent peu ou prou les mêmes ingrédients que dans les décisions parisiennes : effort de création, choix esthétiques arbitraires, empreinte de la personnalité de l'auteur¹⁰⁷.

On observera que les critères annoncés pour définir l'originalité ne correspondent pas nécessairement à ceux appliqués en définitive, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 21 avril 2020¹⁰⁸.

Après avoir énoncé qu'est originale une œuvre qui révèle "un effort créatif portant" "l'empreinte de la personnalité de son créateur", la Cour applique de fait le critère de **nouveauté** :

*"Considérant que c'est donc au regard de cette combinaison prise dans son ensemble que doivent être examinées les **antériorités invoquées** ;
Considérant qu'**aucun expert n'a fait état, dans des œuvres précédentes, d'une telle répétition ; que les appelants ne justifient pas d'œuvres antérieures adoptant, de la même manière, la même combinaison ; qu'aucune antériorité ne peut dès lors être opposée à M. C au titre de cette séquence sonore ;**
Considérant qu'est donc protégée cette combinaison qui constitue l'élément caractéristique de l'œuvre".*

Il est vrai qu'était en cause une œuvre musicale, domaine dans lequel l'application - bien compréhensible - du critère de nouveauté est traditionnelle, ainsi qu'il a été précédemment rappelé.

La jurisprudence de la CJUE

Il résulte du dernier arrêt en date de la Cour ("Brompton Bicycle", 11 juin 2020), que, pour être considérée comme telle, une œuvre doit être :

*"un **objet original** qui est une **création intellectuelle propre à son auteur**",*

et que :

*"pour qu'un objet puisse être regardé comme original, il est à la fois **nécessaire et suffisant** qu'il **reflète la personnalité de son auteur, en manifestant des choix libres et créatifs** de ce dernier".*

de l'auteur" ; CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 29 mai 2019, n° 16/21997 (page d'accueil d'un site web) : "il convient de constater, quel que soit par ailleurs le mérite de la page, qu'à aucun moment il n'est possible d'y trouver le moindre élément **traduisant la personnalité de son concepteur**" ; CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 13 juin 2019, n° 17/00275 (photographies) : "il leur appartient cependant d'établir pour chacune des œuvres en quoi celles-ci **portent leur empreinte révélant leur personnalité** et ils ne peuvent se contenter d'invoquer pour la totalité des clichés, sans distinction, les choix de cadrage, de lumière ou les éléments techniques permettant de qualifier l'ensemble des photographies d'originales au sens du Code de la propriété intellectuelle." ; CA Bordeaux, 1re ch. civ., 12 nov. 2019, n° 17/06297 (photographie) : "Le premier juge a à juste titre retenu qu'il appartient au demandeur à l'action de définir de façon précise ce qui caractérise l'originalité de la photographie et de dire où se trouve **l'empreinte de sa personnalité**."

¹⁰⁶ CA Nancy, 1re ch., 4 mars 2019, n° 17/02968 (photographie) : "il appartient alors au photographe qui se prévaut de sa qualité d'auteur, de **démontrer les particularités de son travail permettant de prétendre qu'il est sorti de la technique pour accéder à l'art ou pour réaliser un document**."

¹⁰⁷ CA Lyon, 1re ch. civ. A, 4 juin 2020, n° 18/00480 (modèles de vêtements) : "**une apparence esthétique distincte révélant un parti pris créatif portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur**" ; CA Nancy, 1re ch., 29 oct. 2019, n° 18/02572 (modèle de portail) : " la combinaison des autres caractéristiques revendiquées, qui n'est dictée par aucun impératif fonctionnel, traduit un **effort de création et des choix esthétiques arbitraires et porte ainsi l'empreinte de la personnalité de son auteur**."

¹⁰⁸ CA Versailles, 1re ch. 1re sect., 21 avr. 2020, n° 16/00766.

Autrement dit, est originale "une création intellectuelle propre à son auteur" qui "reflète la personnalité" de ce dernier en "manifestant [ses] choix libres et créatifs".

On observera que cette définition de l'originalité a évolué au fil des décisions.

En effet, dans son arrêt inaugural *Infopaq 1*, la CJUE s'était contentée de reprendre, pour l'étendre à toutes les œuvres, la notion de "**création intellectuelle propre à son auteur**"¹⁰⁹ définissant l'originalité dans le cadre des trois directives spéciales précitées concernant respectivement les programmes d'ordinateur, les photographies et les bases de données.

Cette simple réitération de la définition issue de ces directives était d'autant moins surprenante que chacune d'elles prenait soin de préciser qu'"**aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles [les œuvres appartenant à la catégorie considérée] peuvent bénéficier de la protection**"¹¹⁰.

Dans cette définition, se retrouvait la notion de "**création intellectuelle**" figurant à l'article 2 § 5 de la Convention de Berne pour conditionner la protection des seuls "**recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies**".

L'ajout des quatre mots suivants : "**propre à son auteur**", a paradoxalement satisfait aussi bien les partisans d'une conception subjective et personnaliste de l'originalité que ceux de la conception objective de tradition anglo-saxonne fondée sur l'absence d'emprunt à une œuvre préexistante, les uns comme les autres pensant y trouver la consécration de leur thèse¹¹¹.

Les travaux préparatoires de la directive programmes d'ordinateur semblent cependant donner raison aux seconds¹¹².

L'exposé des motifs de la proposition de directive indique en effet que "**Le seul critère à retenir pour accorder le bénéfice de la protection est celui de l'originalité, c'est-à-dire qu'il faut que l'œuvre n'ait pas été copiée**"¹¹³, critère approuvé par le Comité économique et social dans son avis du 18 octobre 1989 : "**Un programme devrait être reconnu original, et donc protégé, dans la mesure où il n'a pas été copié à partir d'un autre programme**"¹¹⁴.

¹⁰⁹ "**Le droit d'auteur au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur**" (CJUE 16 juillet 2009, *Infopaq 1*, C-5/08, point 37).

¹¹⁰ Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, art. 1 (3) : "**Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection.**" ; Directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993, codifiée par la directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 6 concernant les photographies : "**Les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1^{er}. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection.**" ; Directive 96/9/CE 11 mars 1996 art. 3 : "**Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection.**"

¹¹¹ V. en ce sens, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et Carine Bernault, préc. n°120, page 130 : "**On a relevé tout de suite l'habileté de la formule 'propre à son auteur', qui peut aussi bien vouloir dire 'portant l'empreinte de la personnalité de' ou 'qui a son origine dans' (qui n'est pas copié).**"

¹¹² En ce sens, A. Lucas et al., *ibid.*

¹¹³ COM (1988), 816 final.

¹¹⁴ JOCE n°C 329, 30 déc. 1989, p. 4, 3.3.3.3.

Cette même interprétation figure d'ailleurs dans les deux lexiques de la Convention de Berne :

- l'ancien lexique de 1980 :

"Originalité : l'originalité, par rapport à une œuvre, signifie qu'il s'agit de la création propre de l'auteur, qui n'est ni entièrement ni essentiellement tirée d'une autre œuvre."

- et celui de 2003 :

"Original, originalité : L'originalité, par rapport à une œuvre, signifie qu'il s'agit de la création intellectuelle propre de l'auteur, qui n'est pas tirée d'une autre œuvre (l'originalité ne doit pas être confondue avec la « nouveauté », qui est un critère de brevetabilité ; la préexistence d'une œuvre similaire, inconnue de l'auteur - en particulier si ce dernier n'y a jamais eu accès - ne porte pas atteinte à l'originalité de la nouvelle création indépendante)."

Toujours est-il, pour en revenir à la jurisprudence de la CJUE, que la définition de l'originalité comme s'entendant exclusivement d'une "création intellectuelle propre à son auteur" a été réitérée au fil de ses décisions suivantes (*BSA, Premier League, Football Dataco, SAS Institute, Nintendo et Levola*), l'arrêt *Football Dataco* ayant précisé que l'originalité était acquise lorsque l'auteur "exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs"¹¹⁵.

Deux arrêts, faisant figure d'exception au sein de cette série jurisprudentielle, ont cependant suscité des interrogations sur la raison d'être de la prise en compte, au sein d'une définition qui semblait jusque-là s'orienter vers une conception objective de l'originalité, de la notion de "reflet de la personnalité de l'auteur".

Il s'agit des arrêts *Eva-Maria Painer* (1^{er} décembre 2011, C-145/10) et *Dirk Renckhoff* (7 août 2018, C-161/17) dans lesquels la Cour a dit pour droit que "l'article 6 de la directive 93/98 [devait] être interprété en ce sens qu'une **photographie** [...] est susceptible, en vertu de cette disposition, d'être protégée par le droit d'auteur, à condition, [...] qu'elle soit une **création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier** et se manifestant par les **choix libres et créatifs** de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie".

L'absence de toute référence à cette notion dans l'arrêt *Levola* (13 novembre 2018, C-310/17), rendu postérieurement à ces décisions, pouvait laisser penser que l'exception était **propre aux photographies** et pouvait s'expliquer par référence au considérant précité de la directive durée de protection¹¹⁶ selon lequel "**Une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité** [...]".

Les trois derniers arrêts de la Cour, *Funke Medien*, *Cofemel* et, en dernier lieu, *Brompton Bicycle* (concernant respectivement un rapport militaire, des modèles de vêtement et un modèle de vélo pliant) semblent indiquer que celle-ci a finalement opté pour une **conception unitaire** de l'originalité, toutes catégories d'œuvres confondues, **mêlant les trois notions** de "création intellectuelle propre à l'auteur", de "reflet de la personnalité de l'auteur" et de "choix libres et créatifs".

¹¹⁵ CJUE 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10, point 38).

¹¹⁶ Considérant (16) de la version consolidée et (17) de la version de 1993 ; le texte de ce considérant (17) a été modifié dans la version de 2006, sauf en ce qui concerne le passage cité. Comme a été rappelé la référence dans ce passage à la Convention de Berne est erronée.

Celles-ci sont énoncées sous une forme d'"entonnoir" qui conduit en dernier lieu à la notion de choix libres et créatifs, **si bien qu'on peut considérer, en définitive, qu'une œuvre est originale lorsqu'elle exprime les choix libres et créatifs de l'auteur.**

S'agissant à l'inverse des critères impropres à caractériser l'originalité, la CJUE était interrogée, dans l'affaire *Cofemel*, sur la situation particulière des dessins et modèles.

La question précisément posée par la juridiction de renvoi consistait à savoir si le droit de l'Union s'opposait "à ce qu'une législation nationale confère une protection, **au titre du droit d'auteur**, à des modèles tels que les modèles de vêtements en cause au principal, au motif que, **au-delà de leur objectif utilitaire, ceux-ci génèrent un effet visuel propre et notable du point de vue esthétique**" (arrêt, point 26).

S'agissant, de manière générale, du cumul de protection, la Cour rappelle en premier lieu qu'en vertu de l'article 17 de la directive 98/71, non affecté par la directive 2001/29, les dessins et modèles bénéficient également de la protection du droit d'auteur, en sorte que "**des modèles sont qualifiables d'œuvres au sens de la directive 2001/29**", mais précise que c'est à la condition de satisfaire aux exigences qui conditionnent cette qualification (point 48).

Ainsi, le "**cumul** [de protection] **ne saurait être envisagé que dans certaines situations**", du fait que les deux protections "**poursuivent des objectifs foncièrement différents et sont soumises à des régimes distincts**" (point 52).

La protection au titre des **dessins et modèles** "**est destinée à s'appliquer pendant une durée limitée mais suffisante pour permettre de rentabiliser les investissements nécessaires à la création et à la production de ces objets, sans pour autant entraver excessivement la concurrence**", tandis que la protection au titre du **droit d'auteur** "**dont la durée est très significativement supérieure, est réservée aux objets méritant d'être qualifiés d'œuvres**" (point 50).

La Cour considère que tel n'est pas le cas de modèles de vêtements du seul fait qu'ils génèrent un effet esthétique car ce critère ne permet de satisfaire aucune des deux conditions posées pour la qualification d'œuvre.

La seconde condition (que la Cour examine en premier) est celle d'un "**objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité**". Autrement dit, **la création doit être matérialisée dans une forme objectivement identifiable** (ce qui n'était pas le cas de la saveur d'un fromage dans l'affaire *Levola*¹¹⁷), la Cour soulignant à cet égard la "**nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique**" (points 32 et 33).

Or, selon la Cour, "**l'effet esthétique susceptible d'être produit par un modèle est le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci**", en sorte que cet effet "**ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité**" (point 53).

Autrement dit, le seul effet esthétique ne permettrait pas de caractériser l'œuvre objectivement.

L'affirmation ne paraît guère convaincante car la Cour confond l'effet esthétique - ou la recherche d'un effet esthétique - avec la "**sensation de beauté**", qui sont deux choses différentes. On peut en effet constater objectivement un effet esthétique, sans nécessairement juger de sa beauté.

Elle laisse également perplexe à un autre égard.

¹¹⁷ CJUE, 13 novembre 2018, C-310/17.

On se souvient, en effet, que la seconde condition posée par la CJUE pour qu'un objet constitue une œuvre, à savoir, la notion d'"**objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité**" est issue de l'arrêt *Levola*¹¹⁸.

Dans cette affaire, qui concernait la saveur d'un fromage, la Cour avait considéré que "*la possibilité d'une identification précise et objective [faisait] défaut*", du fait que :

"l'identification de la saveur d'un produit alimentaire repose essentiellement sur des sensations et des expériences gustatives qui sont subjectives et variables puisqu'elles dépendent, notamment, de facteurs liés à la personne qui goûte le produit concerné, tels que son âge, ses préférences alimentaires et ses habitudes de consommation, ainsi que de l'environnement ou du contexte dans lequel ce produit est goûté" (considérant 42).

Elle faisait à cet égard la différence avec, "*par exemple*", "*une œuvre littéraire, picturale, cinématographique ou musicale, qui est une expression précise et objective*" (considérant 42).

La condition ainsi posée par la Cour est, en quelque sorte, l'**équivalent** de notre exigence d'une **formalisation de la création**, complétée par la nécessité, pour cette formalisation, de pouvoir être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité.

Or, si l'appréciation portée par la Cour dans l'affaire *Levola* à l'égard de la saveur d'un fromage est parfaitement compréhensible, tel n'est pas le cas en ce qui concerne les modèles de vêtements qui faisaient l'objet de l'affaire *Cofemel*.

Les créations revendiquées comme telles - ou les "objets" pour utiliser le vocabulaire de la Cour - étaient en effet parfaitement et objectivement identifiées : il s'agissait des particularités décrites pour chacun des modèles de jeans, sweat-shirts et tee-shirts en cause ("*forme en trois dimensions, schéma d'assemblage des pièces, emplacement de certaines composantes, etc.*"), générant, selon la juridiction de renvoi, "*un effet visuel propre et notable du point de vue esthétique*".

Que demander de plus, de ce point de vue ? En considérant en substance que l'œuvre n'était pas identifiable dans les modèles en cause, la Cour de justice pose en réalité la question de savoir ce qui fait œuvre dans lesdits modèles, c'est-à-dire où se situe leur originalité.

C'est donc la condition d'originalité requise deux fois, mais avec des critères différents...

S'agissant, précisément, de la **condition d'originalité**, la Cour considère qu'elle n'est pas davantage satisfaite.

Elle fait valoir à cet égard que, s'il est "*vrai que des considérations d'ordre esthétique participent de l'activité créative*", "*la circonstance qu'un modèle génère un effet esthétique ne permet pas, en soi, de déterminer si ce modèle constitue une création intellectuelle reflétant la liberté de choix et la personnalité de son auteur, et satisfaisant donc à l'exigence d'originalité*" (point 54).

Autrement dit, l'effet esthétique ne permet pas en soi de caractériser l'originalité.

¹¹⁸ Plus précisément, ce dernier avait pointé la nécessité d'une "*expression de l'objet de la protection au titre du droit d'auteur qui le rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, quand bien même cette expression ne serait pas nécessairement permanente*" (considérant 40).

Comparaison des jurisprudences interne et européenne

Deux principales différences apparaissent dans les critères pris en compte pour apprécier l'originalité.

La première concerne précisément l'**effet esthétique** d'une création, la Cour d'appel de Paris, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, utilisant largement le critère du "*parti pris esthétique*", pour des œuvres utilitaires, mais également pour d'autres œuvres¹¹⁹, tandis que la CJUE, comme on vient de le voir, semble le condamner.

Encore qu'on ne sache pas si cette mise à l'écart de "*l'effet esthétique*" vaut uniquement pour les dessins et modèles, au regard desquels la Cour de justice privilégie une approche restrictive de la protection par le droit d'auteur, ou pour toutes les œuvres.

La CJUE semble par ailleurs insister sur le fait que "*l'effet esthétique*" n'est pas "*en soi*" un critère admissible. Faut-il en déduire qu'il pourrait l'être, en revanche, en combinaison avec d'autres ? Il faudra, sans doute, attendre d'autres décisions pour le savoir.

La seconde concerne le rôle de la "personnalité de l'auteur".

Dans les arrêts de la Cour de justice, un objet est original s'il **reflète la personnalité de son auteur, en manifestant des choix libres et créatifs de ce dernier**".

C'est donc en dernier lieu "*la manifestation de choix libres et créatifs*" qui permet d'apprécier si l'objet reflète ou non la personnalité de l'auteur.

Comme l'expriment les auteurs du *Traité de Propriété Littéraire et Artistique* à propos de l'arrêt *Painer*, la référence à la personnalité de l'auteur "*reste toute formelle, la Cour se bornant à observer que la condition est remplie si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs*"¹²⁰.

Dans la jurisprudence française, c'est en quelque sorte l'inverse : quels que soient les critères utilisés - travail libre et créatif, choix arbitraires, effort créatif, parti pris esthétique - ceux-ci doivent porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ou la révéler, comme on peut le voir, par exemple, dans les décisions précitées suivantes :

*"L'originalité d'une œuvre doit s'apprécier de manière globale de sorte que la combinaison des éléments qui la caractérise du fait de leur agencement particulier lui confère une **physionomie propre** qui démontre l'effort créatif et le **parti pris esthétique portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur**"* (CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 18/20559) ;

*"L'originalité de l'œuvre, qu'il appartient à celui invoquant la protection de caractériser suppose qu'elle soit **issue d'un travail libre et créatif** et résulte de **choix arbitraires révélant la personnalité de son auteur**"* (TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} section, 22 mars 2019, n°17/15214).

Les choix arbitraires, efforts créatifs et autres partis pris esthétiques ne suffisent donc pas en eux-mêmes : il leur faut, de surcroît, révéler la personnalité de l'auteur, comme l'exprime

¹¹⁹ Cf. les décisions précitées concernant les dessins d'une bande dessinée, une vidéo, des photos, des formats d'émissions ou un reportage documentaire.

¹²⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité préc.*, n°123 p. 143.

sans ambiguïté une ordonnance de référé du 4 novembre 2019¹²¹ jugeant que l'originalité de photographies fait l'objet d'une contestation sérieuse dès lors que les demandeurs se bornent à décrire les "*choix libres et créatifs opérés par le photographe*", sans "*expliquer en quoi les choix effectués porteraient l'empreinte de la personnalité*" de celui-ci.

2.1.2.2 - Synthèse des critiques de l'originalité

Une notion impossible à cerner

L'originalité est en premier lieu critiquée pour son caractère insaisissable : "*concept mou*"¹²², "*anguille juridique*"¹²³, "*notion fuyante dont la mise en œuvre constitue une gageure*"¹²⁴, cette condition essentielle à la protection des œuvres de l'esprit semble paradoxalement impossible à définir, **nuisant** ainsi à la **sécurité juridique**.

En matière pénale, d'aucuns ont pu considérer qu'un tel flou serait susceptible de porter atteinte au principe de légalité des délits et des peines¹²⁵. Saisie d'une QPC sur ce sujet par le tribunal correctionnel de Paris, la Cour de cassation, par arrêt du 3 décembre 2019 (19-90.034) a cependant considéré que la question ne présentait pas un caractère sérieux, refusant de ce fait de la transmettre au Conseil constitutionnel¹²⁶.

Cette insécurité juridique a été mise en lumière, en matière fiscale, à l'occasion d'une affaire¹²⁷ dans laquelle la CJUE a déclaré non conforme au droit de l'Union une instruction de la Direction Générale des Impôts (DGI) qui limitait l'application du taux réduit de TVA bénéficiant aux œuvres d'art aux seules "*photographies qui portent témoignage d'une intention*

¹²¹ TGI paris (3^{ème} chambre), 4 nov. 2019, n° 19/55787, Galerie 54 c/ Editions Assouline : "*Aux termes de leur assignation, les demandeurs décrivent, pour chaque photographie, les « choix libres et créatifs opérés par le photographe » à trois stades [...]. Mais ils se bornent à décrire pour l'essentiel les choix opérés en termes de placement des meubles, le choix de l'éclairage de manière à souligner les meubles, le choix du meilleur angle de prise de vue et du cadrage et le travail de retouche des photographies. [...] Aussi, faute d'expliquer en quoi les choix effectués porteraient l'empreinte de la personnalité de M. X, et iraient au-delà d'un simple savoir-faire technique pour attester d'un effort créatif particulier autre que de reproduire le plus nettement possible les caractéristiques des meubles, l'éligibilité des photographies à la protection offerte par le droit d'auteur apparaît sérieusement contestable.*" ; v. également Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, n°05-16.843 : "*Qu'en fondant ainsi sa décision sur l'absence d'antériorité de toute pièce et le caractère nouveau des choix opérés par l'EURL Micca Nomi et par M. X..., la cour d'appel qui n'a pas caractérisé en quoi ces choix pour arbitraires qu'ils soient portaient l'empreinte de la personnalité de ses auteurs, a violé les textes susvisés*".

¹²² André Lucas et Pierre Sirinelli, "L'originalité en droit d'auteur", *JCP G*, 1993, I, étude 3681.

¹²³ Valérie-Laure Benabou, "L'originalité, un Janus juridique regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union", *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis 2014, préc., p.19.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 34 ; v. également A. Lucas et al., *Traité précité* n°107, "*Si la notion d'originalité est aussi fuyante, c'est d'abord, bien sûr, à cause de sa flexibilité, qui rend difficile l'élaboration d'un critère réellement opérationnel*".

¹²⁵ <https://www.forbes.fr/business/contrefacons-la-france-applique-des-sanctions-inconstitutionnelles/?cn-reloaded=1> ; <https://www.ouest-france.fr/economie/commerce/luxe/quand-peut-vraiment-parler-de-contrefacon-de-marque-la-cour-de-cassation-saisie-d-une-epineuse-6546894>.

¹²⁶ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/2856_03_44158.html ; la question posée était la suivante : "*Les dispositions des articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-6 et L. 335-9 du code de la propriété intellectuelle, en ce qu'elles n'énumèrent pas précisément, tout en y renvoyant, les textes régissant « la propriété des auteurs » et « les droits de l'auteur » ne méconnaissent-elles pas l'article 34 de la Constitution et le principe de légalité des délits et des peines issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et qui imposent au législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis, cette exigence s'imposant non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions.*"

¹²⁷ CJUE, 5 septembre 2019, "Regards Photographiques", C-145/18.

*créatrice manifeste de la part de leur auteur*¹²⁸, limitation non prévue par la norme européenne¹²⁹.

Cette instruction définissait les "*critères de la photographie d'art*"¹³⁰, lesquels requéraient en substance, selon les observations du gouvernement français citées par M. l'Avocat Général Szpunar, que "*la photographie [soit] une création artistique de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et pouvant présenter un intérêt pour tout public*" (conclusions de M. Szpunar présentées le 7 mars 2019, point 15).

L'Avocat Général observe que cette instruction de la DGI "*tente donc de saisir, dans des termes administratifs, l'insaisissable, c'est-à-dire le caractère artistique d'une œuvre*" et que "*cette tentative, en transformant l'administration fiscale en critique d'art, porte nécessairement atteinte à la sécurité juridique, au principe de neutralité fiscale et à la concurrence*", en sorte que "*la pratique administrative française, telle que codifiée dans l'instruction du 25 juin 2003, est donc contraire aux principes généraux régissant le système commun de la TVA*" (conclusions, point 40).

Suivant son Avocat Général, la Cour a considéré que l'instruction concernée permettait à l'administration fiscale "*sur le fondement de critères vagues et subjectifs, de porter un jugement sur la qualité artistique des photographies en cause*" en contravention avec le principe de neutralité fiscale (arrêt, point 51).

La référence inappropriée à la personnalité de l'auteur

La nécessité pour une œuvre prétendant à l'originalité de refléter ou de porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur est traditionnelle dans la jurisprudence interne.

¹²⁸ Instruction du 25 juin 2003, intitulée "TVA. Taux réduit de 5,5 % applicable aux œuvres d'art. Situation des photographies d'art.", publiée au *Bulletin officiel des impôts* n° 115, du 2 juillet 2003.

¹²⁹ Annexe IX, partie A, point 7, de la directive TVA (2006/112/CE) énumérant, parmi les "objets d'art" pouvant bénéficier du taux réduit les "*photographies prises par l'artiste, tirées par lui ou sous son contrôle, signées et numérotées dans la limite de trente exemplaires, tous formats et supports confondus.*"

¹³⁰ "I. Critères de la photographie d'art :

1. *Ne peuvent être considérées comme des œuvres d'art susceptibles de bénéficier du taux réduit de la TVA que les photographies qui portent témoignage d'une intention créatrice manifeste de la part de leur auteur.*

Tel est le cas lorsque le photographe, par le choix du thème, les conditions de mise en scène, les particularités de prise de vue ou toute autre spécificité de son travail touchant notamment à la qualité du cadrage, de la composition, de l'exposition, des éclairages, des contrastes, des couleurs et des reliefs, du jeu de la lumière et des volumes, du choix de l'objectif et de la pellicule ou aux conditions particulières du développement du négatif, réalise un travail qui dépasse la simple fixation mécanique du souvenir d'un événement, d'un voyage ou de personnages et qui présente donc un intérêt pour tout public.

II. Conditions d'application

1. *Il résulte de ce qui précède que sont exclues du bénéfice du taux réduit, les photographies d'identité, les photographies scolaires, ainsi que les photographies de groupes.*

2. *Les photographies dont l'intérêt dépend avant tout de la qualité de la personne ou de la nature du bien représenté ne sont pas, d'une manière générale, considérées comme des photographies d'art. Tel est le cas, par exemple, des photographies illustrant des événements familiaux ou religieux (mariages, communions, etc.).*

3. *Cela étant, pour les photographies de toute nature, autres que celles mentionnées au II-1, l'intention créatrice de l'auteur résultant des critères déjà énumérés et le caractère d'intérêt pour tout public peuvent être confortés par les indices suivants.*

a) *Le photographe justifie de l'exposition de ses œuvres dans des institutions culturelles (régionales, nationales ou internationales), muséales (musées, expositions temporaires ou permanentes) ou commerciales (foires, salons, galeries, etc.), voire de leur présentation dans des publications spécialisées. [...]"*

Elle a fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour de justice, initialement, au regard des seules photographies, avant d'être étendue à l'ensemble des œuvres par l'arrêt *Funke Medien* du 29 juillet 2019, même si, comme on vient de le voir, elle n'y joue pas le même rôle que dans la jurisprudence française.

Or, ce critère fait l'objet de critiques largement partagées.

Une vision anachronique de l'œuvre

On pointe ainsi le caractère anachronique d'une notion héritée d'une vision romantique de la création qui "avait mythifié le poète, l'artiste", en déplaçant souvent sur les tourments de sa personne l'intérêt qu'on devait porter à l'œuvre seule"¹³¹.

Rejetée par de nombreux artistes et écrivains qui "combattent la confusion entre leur personne et leur œuvre"¹³², elle méconnaît l'analyse littéraire qui, depuis la fin du XIX^e siècle, refuse de voir dans l'œuvre autre chose que l'œuvre elle-même.

"C'est le langage qui parle, ce n'est pas l'auteur", disait Roland Barthes¹³³, en écho à Mallarmé¹³⁴ et, bien sûr, à Proust fustigeant la "fameuse méthode" de Sainte-Beuve "qui consiste à ne pas séparer l'homme et l'œuvre"¹³⁵.

Elle ne tient pas davantage compte de la réception de l'œuvre par celui qui la regarde ou l'écoute et qui, ce faisant, "ajoute sa propre contribution au processus créatif"¹³⁶.

Dans la lignée de Duchamp qui affirmait : "Je crois sincèrement que le tableau est autant fait par le regardeur que par l'artiste"¹³⁷, il est en effet classique aujourd'hui de considérer que la perception du public participe du processus créatif, l'œuvre naissant ainsi au moins pour partie de sa propre subjectivité.

¹³¹ Yves Delègue, "Mallarmé, le sujet de la poésie", *Revue d'histoire littéraire de la France*, Presses Universitaires de France 2001/5 Vol. 101, p. 1426.

¹³² A. Tricoire, "L'œuvre de l'esprit : indifférence du genre et du mérite ?", *L'œuvre de l'esprit en question(s) Un exercice de qualification*, dir. A. Bensamoun, F. Labarthe et A. Tricoire, Mare & Martin, 2015, p. 149 : "En art, l'originalité, qui pouvait faire consensus encore au début du XIX^e siècle [...], est fortement remise en cause aujourd'hui. Nombreux sont les artistes et écrivains qui, à la suite de Théophile Gautier, combattent la confusion entre leur personne et leur œuvre, et revendiquent un travail personnel de création plutôt que l'expression de leur personnalité. [...] le juge, qui ignore tout de cette personnalité, comme l'avocat qui défend l'auteur, est censé l'identifier dans la seule forme de l'œuvre, ce qui laisse place à toutes les interprétations de l'œuvre possibles [...]."

¹³³ Roland Barthes, "La Mort de l'Auteur", dans *Le Bruissement de la langue, Essais critiques IV*, Paris, Seuil, 1984, p. 63. Également dans le même texte, p. 64. : "le scripteur moderne naît en même temps que son texte ; il n'est d'aucune façon pourvu d'un être qui précéderait ou excéderait son écriture". Dans le même sens, Michel Foucault constatait en 1969 : "Il y a beau temps que la critique et la philosophie ont pris acte de cette disparition ou de cette mort de l'auteur". Michel Foucault, "Qu'est-ce qu'un auteur ?", dans *Dits et écrits I (1954-1969)*, Gallimard, Paris p.793.

¹³⁴ "L'œuvre pure implique la disparition élocutoire du poète, qui cède l'initiative aux mots", Stéphane Mallarmé, *Crise de Vers, Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p.366.

¹³⁵ Marcel Proust, *Contre Sainte-Beuve*, Folio essais, Gallimard.

¹³⁶ "Somme toute, l'artiste n'est pas seul à accomplir l'acte de création car le spectateur établit le contact de l'œuvre avec le monde extérieur en déchiffrant et en interprétant ses qualifications profondes et par là ajoute sa propre contribution au processus créatif" ; Marcel Duchamp, "Le Processus créatif", allocution lors d'une réunion de la Fédération Américaine des Arts, Houston 1957, dans *Duchamp du signe*, Paris, Flammarion, 1994, p. 187-189 (texte français traduit par l'auteur).

¹³⁷ Georges Charbonnier, *Entretiens avec Marcel Duchamp* [réalisés en 1960], Marseille, éditions André Dimanche, 1994.

Le rapport de la mission du CSPLA sur "les enjeux juridiques et économiques de l'intelligence artificielle dans les secteurs de la création culturelle" relève ainsi que :

*"Certains auteurs estiment ainsi que la valeur reconnue à l'œuvre par le public doit rentrer en ligne de compte dans l'appréciation de l'originalité : cette objectivation éloignerait le droit d'auteur de la personne de l'auteur et permettrait d'envisager que tout produit qui aurait été reconnu, en termes mesurables, comme étant une œuvre de l'esprit par son public puisse recevoir la protection du droit d'auteur"*¹³⁸.

Certaines décisions font écho à cette observation de bon sens, tout au moins à titre de justification complémentaire.

Ainsi, l'arrêt *Jeff Koons*¹³⁹ qui rappelle que "L'importance et la qualité du travail [du photographe] étaient aussi reconnues par les revues spécialisées en photographie".

De même, celui portant sur une photographie de Jimi Hendrix¹⁴⁰ qui prend en compte le "fait, non contesté et établi par les pièces versées aux débats, que M. X est un photographe **reconnu au plan international**, notamment pour avoir été le photographe des Rolling Stones, dont les photographies jouissent d'une **forte notoriété**".

Plus largement, les auteures dudit rapport invitent à cantonner la recherche d'originalité à l'œuvre en elle-même :

*"Dans tous les cas, l'originalité de l'œuvre ne devrait-elle pas être recherchée dans l'œuvre justement, et non par référence à son auteur ? D'ailleurs, comment faire la démonstration lorsque l'auteur est décédé ou anonyme ? Aussi, **le critère d'originalité devrait rester intrinsèque à l'œuvre**, comme une sorte de **manifestation créative minimum**"¹⁴¹ inscrite dans la forme"¹⁴².*

*"L'irréaliste approche subjective"*¹⁴³

Il est également souligné que "la définition subjective de l'originalité entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur est impuissante à rendre compte fidèlement du droit positif"¹⁴⁴, ainsi qu'en témoigne, par exemple, la nécessité, pour la jurisprudence, de recourir à un critère distinct pour les logiciels.

L'application de cette notion n'est pas mieux adaptée aux bases de données et autres œuvres utilitaires : "Sauf à forcer le sens des mots, on ne voit guère comment la personnalité d'un auteur

¹³⁸ Alexandra Bensamoun et Joëlle Farchy, CSPLA : Rapport de la Mission sur les enjeux juridiques et économiques de l'intelligence artificielle dans les secteurs de la création culturelle, 20 février 2020, p. 34 ; <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-enjeux-juridiques-et-economiques-de-l-intelligence-artificielle-dans-les-secteurs-de-la-creation-culturelle>

¹³⁹ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695.

¹⁴⁰ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 13 juin 2017, n° 15/10847.

¹⁴¹ Comp. US Supreme Court, *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 345 (1991) « Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity ».

¹⁴² Rapport préc., p.34.

¹⁴³ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité préc.*, n°125 p. 145.

¹⁴⁴ *Ibid.* n°119, p.141.

pourrait s'exprimer dans la notice d'utilisation d'un espalier de porte, le texte d'un brevet, un annuaire de téléphone ou des guides regroupant des renseignements administratifs"¹⁴⁵.

Elle ne l'est pas davantage pour apprécier l'originalité d'**œuvres collectives** alors que la Cour de cassation réaffirme régulièrement qu'une personne morale n'a pas la qualité d'auteur de l'œuvre¹⁴⁶ et que les contributeurs ne peuvent, pour leur part, aux termes de l'article L. 113-2 du CPI, se voir attribuer "un droit distinct sur l'ensemble réalisé" sous peine d'exclure la qualification. Quel serait donc, dans un tel cadre, l'auteur dont la personnalité imprégnerait l'œuvre ?

Pourtant, le critère de l'expression ou de l'empreinte de la personnalité de l'auteur est régulièrement utilisé pour apprécier l'originalité d'œuvres auxquelles est appliquée la présomption prétorienne de titularité, et qui sont en réalité des œuvres collectives¹⁴⁷.

On comprend, dans ces conditions, que d'aucuns souhaitent une évolution plus nette vers une appréciation **objective** de l'originalité¹⁴⁸, évolution qualifiée d'"*inévitable*" par les auteurs du *Traité de la propriété littéraire et artistique*¹⁴⁹.

Une décision de la Cour d'appel de Paris va sans doute dans ce sens en affirmant que "l'originalité [doit] être appréciée de façon objective"¹⁵⁰.

Une formule de style ... dépourvue de sens

Pour nombre d'auteurs, le critère ne serait donc plus qu'une formule de style dont il serait temps de se départir :

"Les juges du fond en sont réduits à biaiser en s'abritant derrière des **formules stéréotypées**"¹⁵¹,

"En ce domaine, on assiste donc, non à un simple **abus de langage**, mais à une véritable **perte du langage**, les mots ne correspondant plus à aucune réalité"¹⁵²,

"Le temps est venu de **cesser de s'abriter derrière le rideau des mots**"¹⁵³.

On pourra regretter, dans ces conditions, que la Cour de Justice ait, en dernier lieu, choisi d'intégrer à la définition de l'œuvre une notion aussi controversée, et ce d'autant plus qu'elle contrevient ce faisant, comme il a été rappelé, à la lettre des trois directives spéciales précisant qu'aucun critère autre que celui de l'originalité entendue comme " *la création*

¹⁴⁵ *Ibid.* n°119, p.141.

¹⁴⁶ v. en dernier lieu, Cass. civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, n°13-23.566 : "une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur".

¹⁴⁷ V. par ex. CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 29 janv. 2019, n° 17/11182 : "*l'originalité d'une œuvre est l'expression de la personnalité de son auteur, traduisant l'existence d'un parti-pris esthétique et de choix arbitraires donnant à l'œuvre une physionomie propre reflétant l'empreinte de la personnalité de l'auteur*".

¹⁴⁸ v. rapport préc. de la mission du CSPLA sur "les enjeux juridiques et économiques de l'intelligence artificielle dans les secteurs de la création culturelle" et les références.

¹⁴⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité préc.*, n°126 p. 145.

¹⁵⁰ CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 6 déc. 2019, n°18/16512 : "*Il s'en déduit le principe de la protection d'une œuvre, sans formalité, du seul fait de la création d'une forme originale, l'originalité devant être appréciée de façon objective.*"

¹⁵¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité préc.*, n°113, p.131.

¹⁵² O. Lalignant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.18.

¹⁵³ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité préc.*, n°119 p. 141.

intellectuelle propre à son auteur" "ne s'applique pour déterminer si [l'œuvre] peut bénéficier d'une protection"¹⁵⁴.

Quelle logique, d'ailleurs, y a-t-il pour la CJUE à introduire cette notion de "reflet de la personnalité de l'auteur", par essence subjective, tout en prônant la "nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique" ?

Pour en revenir à la jurisprudence interne, un jugement concernant la signature de Picasso¹⁵⁵, illustre bien le caractère inapproprié du critère de l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Dans le cadre d'un litige portant sur de fausses céramiques reproduisant la signature de l'artiste, la succession de ce dernier alléguait que cette signature constituait une œuvre protégeable, de par son graphisme original portant l'empreinte de la personnalité de son créateur.

Le Tribunal a rejeté cette demande au motif que :

"Si la signature de X est l'expression de sa personnalité, les choix esthétiques opérés ne sont pas démontrés et le lien spirituel et intellectuel existant entre l'artiste et sa création n'est pas davantage explicité pour que la signature soit considérée comme une œuvre de l'esprit".

C'est dire que l'empreinte de la personnalité **ne signifie rien en elle-même** puisqu'en l'occurrence (même si la solution retenue se comprend), il aurait fallu démontrer "les choix esthétiques" (sans compter le "lien spirituel et intellectuel entre l'artiste et sa création").

Faut-il comprendre que lesdits choix - à l'instar des "choix libres et créatifs" privilégiés par la CJUE - prendraient finalement le pas sur l'empreinte de la personnalité ?

Cela ne semble pas être le cas.

A l'ordonnance de référé précitée¹⁵⁶ reprochant en effet aux demandeurs de se borner à décrire les "**choix libres et créatifs opérés par le photographe**", sans "**explicitement en quoi les**

¹⁵⁴ Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, art. 1 (3) : "**Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection.**" ;

Directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993, codifiée par la directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 6 concernant les photographies : "Les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1^{er}. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection." ;

Directive 96/9/CE 11 mars 1996 art. 3 : "**Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection.**"

¹⁵⁵ TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section., 25 sept. 2014, n° 13/07755.

¹⁵⁶ TGI Paris (3^{ème} ch.), 4 nov. 2019, n° 19/55787, Galerie 54 c/ Editions Assouline : "**Aux termes de leur assignation, les demandeurs décrivent, pour chaque photographie, les « choix libres et créatifs opérés par le photographe » à trois stades [...]. Mais ils se bornent à décrire pour l'essentiel les choix opérés en termes de placement des meubles, le choix de l'éclairage de manière à souligner les meubles, le choix du meilleur angle de prise de vue et du cadrage et le travail de retouche des photographies. [...] Aussi, faute d'explicitement en quoi les choix effectués porteraient l'empreinte de la personnalité de M. X, et iraient au-delà d'un simple savoir-faire technique pour attester d'un effort créatif particulier autre que de reproduire le plus nettement possible les caractéristiques des meubles, l'éligibilité des photographies à la protection offerte par**

choix effectués porteraient l'empreinte de [sa] personnalité", on pourrait ajouter un jugement du TGI de Paris ayant dénié l'originalité d'une photographie de Jimi Hendrix (décision infirmée en appel).

Dans ce jugement¹⁵⁷, le photographe s'est vu reprocher de se "*contente[r] de mettre en exergue des caractéristiques esthétiques de la photographie qui sont distinctes de son originalité qui est indifférente au mérite de l'œuvre et n'explique pas qui est l'auteur des choix relatifs à la pose du sujet, à son costume et à son attitude générale.*"

Ainsi, l'expression de la personnalité suppose de démontrer des choix esthétiques qui pourtant ne sont pas suffisants (voire indifférents) sauf à expliquer en quoi ils portent l'empreinte de la personnalité de l'auteur... On a le sentiment de tourner en rond sans comprendre, en définitive, ce que le demandeur doit démontrer.

L'exemple de la photographie de Jimi Hendrix montre, d'ailleurs, à quel point le recours à des critères extrinsèques à l'œuvre est **artificiel**.

En appel, le photographe et son ayant droit, palliant la carence qui leur était reprochée par le tribunal, ont fait valoir que c'est bien le photographe qui a "*organisé la séance au cours de laquelle la photographie dont s'agit a été prise, au mois de février 1967, qui a guidé et dirigé [Jimi Hendrix] lors de la prise de vue et qui lui a demandé de prendre la pose reproduite sur la photographie en cause*".

Le jugement, qui avait soulevé une légitime incompréhension tant l'originalité de cette photographie célèbre paraissait évidente, a été infirmé par la Cour¹⁵⁸ et l'originalité reconnue.

On peut néanmoins s'interroger sur la pertinence des motifs relatifs au déroulement de la séance de prise de vue. Le photographe s'est en effet contenté d'affirmer ce que le jugement l'invitait à dire, affirmation portant sur des faits, datant de 1967, **totalelement invérifiables**.

En quoi les initiatives invérifiables du photographe pendant une séance de prise de vue tenue quarante ans plus tôt traduisaient-elles mieux l'originalité que les explications - plutôt convaincantes en l'occurrence¹⁵⁹ - fournies en première instance pour expliciter l'originalité du cliché ?

On a le sentiment que, par le truchement de l'empreinte de la personnalité de l'auteur, les magistrats cherchent à **masquer leur propre subjectivité derrière celle supposée de l'auteur**, pour éviter le reproche de juger selon le mérite de l'œuvre en contravention avec les termes

le droit d'auteur apparaît sérieusement contestable." ; v. également Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, n°05-16.843 : "*Qu'en fondant ainsi sa décision sur l'absence d'antériorité de toute pièce et le caractère nouveau des choix opérés par l'EURL Micca Nomi et par M. X..., la cour d'appel qui n'a pas caractérisé en quoi ces choix pour arbitraires qu'ils soient portaient l'empreinte de la personnalité de ses auteurs, a violé les textes susvisés*".

¹⁵⁷ 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 21 mai 2015, n°14/03863.

¹⁵⁸ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 13 juin 2017, n° 15/10847.

¹⁵⁹ Les demandeurs faisaient valoir que la photographie "*réussit à capter, le temps d'un instant fugace, le saisissant contraste entre la légèreté du sourire de l'artiste et de la volute de fumée et la noirceur et la rigueur géométrique du reste de l'image, créées notamment par les lignes et les angles droit du buste et des bras. La capture de cet instant unique et sa mise en valeur par la lumière, les contrastes et par le cadrage étroit de la photographie sur le buste et la tête de Jimi Hendrix révèlent toute l'ambivalence et les contradictions de cette légende de la musique et font de cette photographie une œuvre fascinante et d'une grande beauté qui porte l'empreinte de la personnalité et du talent de son auteur.*"

de l'article L.112-1 du CPI¹⁶⁰ (alors pourtant que le mérite transparait ici ou là jusque dans la motivation des décisions¹⁶¹, y compris celles de la CJUE¹⁶²).

Cet artifice est-il souhaitable alors que la **part de subjectivité du juge, inhérente** à toute décision sur l'originalité d'une œuvre, est à l'évidence **inévitable**¹⁶³ ? Ne vaudrait-il pas mieux l'assumer plutôt que de recourir à de faux-semblants ?

D'autant qu'il ne faut pas confondre subjectivité du juge et appréciation au mérite.

Duchamp l'exprimait ainsi : *"Je veux dire, tout simplement, que l'art peut être bon, mauvais ou indifférent mais que, quelle que soit l'épithète employée, nous devons l'appeler art : un mauvais art est quand même de l'art comme une mauvaise émotion est encore une émotion"*¹⁶⁴.

Ainsi, l'appréciation de l'originalité d'une œuvre sera toujours subjective, la meilleure preuve en étant les décisions contradictoires parfois rendues au sujet de la même œuvre, notamment en matière de titres.

L'exemple du titre "Angélique", dont l'originalité fut déniée par la Cour d'appel de Paris¹⁶⁵, mais admise par la Cour d'appel de Versailles¹⁶⁶ dans le cadre de litiges différents, est souvent invoqué à ce sujet.

Mais, pour accueillir ou refuser la protection en fonction de leur appréciation propre de l'originalité, les magistrats n'ont pas pour autant jugé qu'*Angélique* était un bon ou un mauvais titre et méritait ou non d'être protégé.

Toujours est-il qu'on mesure, à l'aune de ces débats, divergences et doutes sur la consistance de l'originalité, la perplexité du plaideur appelé à la démontrer.

¹⁶⁰ "Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, **quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.**"

¹⁶¹ V. par ex. CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 6 déc. 2019, n°18/16512 : "ces vêtements sont **dignes** d'accéder à la protection instituée au titre du droit d'auteur" ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 15 févr. 2019, n° 17/21451 : "la cour considère que chacune de ces 11 photographies revendiquées est **digne** d'accéder à la protection instituée au titre du droit d'auteur".

¹⁶² CJUE 12 sept. 2019, Cofemel, C-683/17 : "Pour sa part, la protection associée au droit d'auteur, dont la durée est très significativement supérieure, est réservée aux objets **méritant** d'être qualifiés d'œuvres" (point 50).

¹⁶³ V. à ce sujet A.E Crédeville, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, "L'œuvre de l'esprit, critère discriminant ?" in *L'œuvre de l'esprit en question(s)*, préc., p. 115 : "le juge, qui est tenu de la définir [l'originalité], le fait avec toute sa **subjectivité**". V. également, dans le même ouvrage, Denys Riout, "L'œuvre de l'esprit : idée, forme ?", p. 94 : "la vision est un acte culturel. Nous voyons ce que la culture nous permet de voir".

¹⁶⁴ Marcel Duchamp, "Le Processus créatif", préc.

¹⁶⁵ CA Paris, 4^{ème} ch., 30 juin 2000, CCE 2001, comm. 97 1^{ère} esp.

¹⁶⁶ CA Versailles, 11 janv. 2001, CCE 2001, comm. 97 2^{ème} esp., note Caron.

2.2 - Les conditions de la démonstration

2.2.1 - Une obligation conditionnée par l'existence d'une contestation ?

2.2.1.1 - L'hétérogénéité de la jurisprudence

Les auteurs ou leurs ayants droits qui entendent faire valoir leurs droits en justice doivent-ils caractériser l'originalité de la ou des œuvres en cause dès l'assignation, ou cette charge ne leur incombe-t-elle qu'en cas de contestation en défense ?

La question ne manque pas d'intérêt en pratique car, dans certains cas, le défendeur ne contestera pas l'originalité et il n'y aurait alors guère de sens à imposer au demandeur une démonstration inutile et qui peut être dispendieuse lorsque le nombre d'œuvres en cause sera important.

Les enjeux de la question sont certes devenus moindres, dans les procédures avec mise en état, depuis que l'absence de caractérisation de l'originalité n'est plus sanctionnée par la nullité de l'assignation, nullité qu'il n'était pas possible de couvrir par des conclusions ultérieures.

Ainsi, il semble que, désormais, si le demandeur ne fait pas d'emblée la démonstration et que l'originalité se trouve contestée en défense, le premier pourra, sans dommage procédural, caractériser l'originalité dans des conclusions en réponse.

Mais qu'en sera-t-il en l'absence de contestation ? Le demandeur pourra-t-il être néanmoins débouté de son action faute d'avoir effectué la démonstration d'originalité ?

L'incertitude demeure, à cet égard, du fait du caractère hétérogène de la jurisprudence.

La jurisprudence des juridictions parisiennes

Il paraît acquis, devant le Tribunal judiciaire et la Cour d'appel de Paris, que l'obligation, pour celui qui agit, de caractériser l'originalité qui fonde la protection revendiquée ne vaut que "*lorsque cette protection est contestée en défense*".

La formule est à cet égard quasi identique devant les deux juridictions :

"Une œuvre est sans formalité protégée par le droit d'auteur du seul fait de la création d'une forme originale. Néanmoins, lorsque cette protection est contestée en défense, l'originalité d'une œuvre doit être explicitée par celui qui revendique des droits d'auteur" (CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 18/20559) ;

"Il se déduit de ces dispositions le principe de la protection d'une œuvre sans formalité et du seul fait de la création d'une forme originale. Néanmoins, lorsque cette protection est contestée en défense, l'originalité d'une œuvre doit être explicitée par celui qui s'en prétend auteur, seul ce dernier étant à même d'identifier les éléments traduisant sa personnalité" (TJ Paris, 3^{ème} ch. 3^{ème} sect., 12 juin 2020, n° 17/14295).

La grande majorité des décisions mentionne cette nécessité d'une contestation en défense¹⁶⁷.

¹⁶⁷ V. par ex. : CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 29 sept. 2020, n° 18/08940; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 19/04123; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 24 janv. 2020, n° 18/06949; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 22 oct. 2019, n° 17/09422; CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 5 avr. 2019, n°18/02322; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 25 janv. 2019, n° 17/15416; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 25 juill. 2019, n° 17/08246; TJ, Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 9 oct. 2020 (réf. *Doctrine*, RG non précisé); TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 14 février 2019, n°17/10190 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 20 décembre 2018, n°17/08935.

Dans certaines décisions, il est même précisé que l'originalité n'était pas contestée, l'absence de caractérisation n'emportant donc aucune conséquence sur l'action qui est au contraire accueillie¹⁶⁸.

Parfois, la nécessité d'une contestation en défense n'est cependant pas mentionnée :

"L'originalité de l'œuvre, qu'il appartient à celui qui invoque la protection de caractériser, suppose qu'elle soit issue d'un travail créatif et résulte de choix arbitraires lui conférant une physionomie propre, révélatrice de la personnalité de son auteur" (CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 18 févr. 2020, n° 18/00175)¹⁶⁹ ;

"L'originalité de l'œuvre, qu'il appartient à celui invoquant la protection de caractériser suppose qu'elle soit issue d'un travail libre et créatif et résulte de choix arbitraires révélant la personnalité de son auteur" (TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 22 mars 2019, n°17/15214).

Le cas particulier des actions en cessation

Dans le cas d'une action dite "en cessation" visant à obtenir, sur le fondement de L. 336-2 du CPI¹⁷⁰, des mesures de blocage et de déréférencement de sites web contrefaisants, la Cour d'appel de Paris est allée plus loin que de simplement subordonner la démonstration d'originalité à une contestation en défense.

Par arrêt du 15 mars 2016¹⁷¹, elle a en effet posé une **présomption d'originalité** pour les œuvres audiovisuelles de **fiction**, dès lors que leur originalité n'était pas contestée :

"Qu'il s'agit d'œuvres de fiction racontant une histoire (séries télévisées, films cinématographiques), résultat d'une multiplicité de contributions créatives (élaboration du scénario, établissement du script, rédaction des dialogues, mise en scène, construction ou choix des décors, tournage, création d'une bande son, découpage et montage en post-production) faisant par là-même présumer de leur originalité dès lors que celle-ci n'est pas contestée ;

Considérant qu'en l'espèce la société Microsoft Corporation se contente d'affirmer qu'il appartiendrait aux syndicats professionnels de prouver a priori l'originalité des œuvres audiovisuelles contrefaites, même en l'absence de toute contestation de cette originalité, sans même alléguer que ces œuvres ne seraient pas originales alors qu'en vertu des dispositions de l'article 6 du code de procédure civile, la cour d'appel n'a pas à rechercher l'existence d'éléments de fait non allégués propres à établir la prétention sur ce point de la société Microsoft Corporation".

¹⁶⁸ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 13 oct. 2020, n° 19/16696 : "Alors que l'originalité du texte revendiqué n'est pas sérieusement contestée".

¹⁶⁹ V. également CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 15 févr. 2019, n° 17/21451 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 22 mars 2019, n° 17/21767.

¹⁷⁰ "En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des organismes de gestion collective régis par le titre II du livre III ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. La demande peut également être effectuée par le Centre national du cinéma et de l'image animée" (version en vigueur depuis le 1er janvier 2020).

¹⁷¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 15 mars 2016, n° 14/01359 ; pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2017, n° 16-17.217, publié au bulletin (la question de l'originalité n'était pas en cause devant la Cour de cassation).

La jurisprudence des juridictions en région

A l'exception d'une décision de la Cour de Versailles ayant relevé, au sujet de modèles de tabliers, que leur originalité n'était pas contestée¹⁷², les décisions des Cours d'appel, en région, ne mentionnent pas que l'obligation de caractériser l'originalité se trouve subordonnée à une contestation en défense.

L'obligation probatoire relative à l'originalité est simplement affirmée, sans réserve, ainsi qu'il résulte des décisions suivantes :

"celui qui revendique le bénéfice de la protection du droit d'auteur doit rapporter la preuve de l'existence d'un apport original" (CA **Versailles**, 1re ch. 1re sect., 27 oct. 2020, n° 19/00840) ; *"il appartient à celui qui prétend pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur de rapporter la preuve de l'existence d'un apport original"* (CA Versailles, 1re ch. 1re sect., 27 oct. 2020, n°19/01200) ; *"Il revient à celui qui prétend détenir de tels droits d'en rapporter la preuve"* (CA Versailles, 4e ch., 14 sept. 2020, n° 18/06039) ; *"qu'il appartient à celui qui invoque la protection au titre du droit d'auteur d'établir et de caractériser l'originalité de l'œuvre"* (CA Versailles, 1re ch. 1re sect., 7 sept. 2018, n°16/08909) ;

"Une œuvre pour faire l'objet de la protection doit être originale. Il appartient à celui qui revendique la protection de son œuvre d'en établir l'originalité" (CA **Douai**, ch. 1 sect. 2, 6 févr. 2020, n° 18/02977) ; *"Ainsi que le rappelle le tribunal, la protection au titre des droits d'auteur suppose la démonstration de l'originalité de l'œuvre laquelle implique la démonstration de choix arbitraires de son auteur"* (CA Douai, ch. 1 sect. 2, 4 juill. 2019, n° 17/07236) ; *"Qu'il appartient donc aux parties, qui invoquent la protection du droit d'auteur, de rapporter la preuve de ces éléments fondant le caractère original du logiciel"* (CA Douai, ch. 1 sect. 2, 5 avr. 2018, n° 16/04545) ;

"Le premier juge à juste titre retenu qu'il appartient au demandeur à l'action de définir de façon précise ce qui caractérise l'originalité de la photographie et de dire où se trouve l'empreinte de sa personnalité" (CA **Bordeaux**, 1re ch. civ., 12 nov. 2019, n° 17/06297) ;

"Il appartient à l'auteur se prévalant de droits sur une œuvre de caractériser l'originalité de celle-ci" (CA **Aix-en-Provence**, ch. 3-1, 20 juin 2019, n° 16/22266) ; *"cette protection nécessite cependant pour tout auteur s'en prévalant d'établir le caractère original de son œuvre, cette originalité ne se présument pas et ne pouvant se déduire d'une quelconque convention"* (CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 13 juin 2019, n° 17/00275) ; *"il appartient à l'auteur se prévalant de la protection offerte par ce code de démontrer son originalité"* (CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 29 mai 2019, n° 16/21997) ;

"Il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteur d'identifier, dans ses écritures, les caractéristiques de l'œuvre qui portent, selon lui, l'empreinte de la personnalité de son auteur et, partant, d'établir que l'œuvre remplit les conditions requises pour être investie de la protection légale" (CA **Rennes**, 3e ch. com., 4 juin 2019, n° 16/05375) ; *"qu'il appartient à X de rapporter la preuve de l'originalité de l'œuvre sur laquelle elle prétend à un droit d'auteur"* (CA Rennes, 3e ch. com., 5 févr. 2019, n° 16/02970) ;

"il appartient alors au photographe qui se prévaut de sa qualité d'auteur, de démontrer les particularités de son travail permettant de prétendre qu'il est sorti de la technique pour accéder à l'art ou pour réaliser un document" (CA **Nancy**, 1re ch., 4 mars 2019, n° 17/02968) ;

"Attendu qu'il appartient à la société Maisons février qui agit en contrefaçon de droits d'auteur d'identifier les caractéristiques de l'œuvre dont elle demande la protection en ce

¹⁷² CA Versailles, 1re ch. 1re sect., 24 nov. 2020, n° 19/04831.

qu'elles traduisent un parti pris esthétique et original et constituent à ce titre une œuvre protégeable" (CA Lyon, 1^{re} ch. civ. a, 4 oct. 2018, n° 16/02972).

Une situation incertaine en l'absence de décision claire de la Cour de cassation

Cette divergence de jurisprudence entre les juridictions spécialisées à Paris et en région génère une incertitude que la Cour de cassation n'a pas, en l'état, clairement dissipée.

On peut certes trouver des décisions anciennes dont il résulte qu'une Cour d'appel ne peut se voir reprocher une motivation insuffisante au regard de l'accueil de l'originalité dès lors que celle-ci n'avait pas été contestée¹⁷³.

Mais ces décisions sont antérieures à la naissance du courant jurisprudentiel imposant au demandeur de caractériser l'originalité de la ou des œuvres dont il se prévaut.

Depuis lors, à l'occasion de deux arrêts des 13 novembre 2014¹⁷⁴ et 22 juin 2017¹⁷⁵, la Cour de cassation a simplement relevé **incidemment**, dans un cas, que l'originalité n'avait pas été contestée, dans l'autre, qu'elle l'avait au contraire été, ce qui est insuffisant pour clarifier la situation et effacer les doutes.

2.2.1.2 - Teneur de la contestation lorsqu'elle est exigée

Devant les juridictions parisiennes, en tous cas, l'obligation du demandeur est conditionnée par une contestation de l'originalité en défense.

Mais quelle est la teneur de cette contestation ? **Suffit-il** au défendeur **d'affirmer** qu'il conteste l'originalité ou doit-il la **justifier** un tant soit peu ?

Il semble **qu'aucune exigence** ne pèse sur le défendeur, les décisions n'en mentionnant en tous cas aucune.

Il suffit donc d'une simple contestation non argumentée pour entraîner l'obligation pour le demandeur de caractériser l'originalité sans qu'aucune appréciation ne soit portée sur le sérieux de la contestation.

Seules font **exception** les **actions en cessation**.

¹⁷³ Cass., 1^{ère} civ., 19 novembre 1991, n° 90-17031 : "*Mais attendu que, devant les juges du fond, le litige a exclusivement porté sur [...] sans qu'à aucun moment, aucune des parties ne mette en doute l'originalité du prologiciel [...] les demanderesses au pourvoi sont donc irrecevables à reprocher à la cour d'appel de n'avoir pas spécialement motivé sa décision sur un point de fait que toutes les parties considéraient comme constant.*"

Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86156 : "*Attendu qu'en se déterminant ainsi, et dès lors, d'une part, qu'il n'était pas contesté que les œuvres des sculpteurs concernés portent l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs respectifs et, d'autre part, que les caractéristiques essentielles de ces œuvres ont été reproduites par le prévenu, la cour d'appel a, sans se contredire, justifié sa décision.*"

¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2014, n°13-20.209 : "*la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a retenu au terme d'une appréciation souveraine de l'ensemble des éléments de preuve produits aux débats, que les œuvres litigieuses, dans les formes décrites, tels que visuels, brochures, logo, plaquettes, cartes de vœux et flyers, dont l'originalité n'avait pas été contestée, ne constituaient pas des œuvres collectives mais des œuvres individuelles [...].*"

¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n°14-20310 : "*Attendu que l'arrêt énonce, à bon droit, qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon d'une œuvre, d'identifier ce qui en caractérise l'originalité ; qu'ayant relevé que M. Y... n'identifiait aucune combinaison d'éléments caractéristique, alors que la société Lacheteau lui en faisait le reproche, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef.*"

Ainsi qu'il a été rappelé, la Cour d'appel de Paris¹⁷⁶ a en effet posé dans ce domaine une **présomption d'originalité** en l'absence de contestation.

Il en résulte logiquement que, pour annihiler la présomption, la **contestation doit être motivée**, la Cour rappelant à cet égard qu'il ne lui appartient pas, en vertu de l'article 6 du code de procédure civile, de "*rechercher l'existence d'éléments de fait non allégués propres à établir la prétention sur ce point*" de la partie qui contestait l'originalité¹⁷⁷.

2.2.1.3 - Les procédures sans mise en état (jour fixe, référé)

La nécessité, posée par les juridictions parisiennes, d'une contestation en défense faisant naître l'obligation du demandeur de caractériser l'originalité est sans conteste un progrès, même s'il reste timide.

Il importe cependant de préciser que cette nécessité ne vaut de fait que pour les procédures avec mise en état car, dans les autres - jour fixe et référé - le demandeur ne sait pas avant l'audience de plaidoiries - ou tout au moins suffisamment à l'avance avant cette audience - si l'originalité sera ou non contestée, en sorte qu'il se trouvera en pratique contraint de justifier l'originalité dès l'assignation.

2.2.2 - Décrire ou prouver ?

Le vocabulaire utilisé par la jurisprudence pour qualifier l'obligation incombant au demandeur n'est pas constant.

A l'origine, il s'agissait clairement d'une obligation probatoire, ainsi que l'illustre par exemple ce jugement du TGI de Paris :

*"Pour bénéficier de la protection légale [...], il appartient à l'auteur de prouver que sa photographie présente une **originalité** manifestant l'empreinte de sa personnalité et, à cet égard, de faire état de l'existence d'éléments concrets et perceptibles propres à établir le caractère original de son œuvre"* (TGI Paris, 3e ch. 1re sect., 24 janv. 2007, n° 05/14081).

Puis, une **hésitation** s'est installée entre **obligation probatoire** et une forme d'obligation en apparence plus allégée, consistant à **identifier** ou **décrire** les éléments traduisant, selon le demandeur, l'originalité de l'œuvre dont il recherche la protection.

Les décisions de la **Cour de cassation** illustrent bien cette hésitation.

Ainsi, par un arrêt du 15 janvier 2015¹⁷⁸, la Cour commence-t-elle par affirmer "*qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteurs, **d'identifier** les caractéristiques de l'œuvre dont il*

¹⁷⁶ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 15 mars 2016, n° 14/01359.

¹⁷⁷ "*Considérant qu'en l'espèce la société Microsoft Corporation se contente d'affirmer qu'il appartiendrait aux syndicats professionnels de **prouver a priori l'originalité** des œuvres audiovisuelles contrefaites, même en l'absence de toute contestation de cette originalité, **sans même alléguer que ces œuvres ne seraient pas originales** alors qu'en vertu des dispositions de l'article 6 du code de procédure civile, la cour d'appel n'a pas à rechercher l'existence d'éléments de fait non allégués propres à établir la prétention sur ce point de la société Microsoft Corporation*".

¹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n°13-22798, préc. : "*Mais attendu qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteurs, d'identifier les caractéristiques de l'œuvre dont il sollicite la protection ; qu'ayant relevé que M. X et la société Cupidon revendiquaient des droits sur une 'couture dorsale ornementale placée dans le dos de vêtements, au niveau des omoplates', sans l'identifier avec précision ni en caractériser les détails, condition première du droit d'auteur et de la définition de son objet, la cour d'appel*

sollicite la protection", mais en définitive, pour approuver la Cour d'appel d'avoir estimé que les appelants "**ne démontreraient pas être titulaires des droits qu'ils invoquaient**".

Un arrêt postérieur, du 22 juin 2017¹⁷⁹, réaffirme que l'obligation consiste à "**identifier**", sans que le langage soit cette fois troublé par la constatation ultérieure d'une absence de démonstration.

Mais quelques mois plus tard, deux arrêts du 8 novembre 2017¹⁸⁰ sèment à nouveau le doute en semblant assimiler la nécessité d'"**identifier**" les caractéristiques de l'œuvre qui la rendraient originales à celle "**d'établir**" que les conditions requises pour la protection sont réunies :

*"Mais attendu qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteur, **d'identifier**, dans ses écritures, les caractéristiques de l'œuvre qui portent, selon lui, l'empreinte de la personnalité de son auteur et, **partant, d'établir** que l'œuvre remplit les conditions requises pour être investie de la protection légale*".

Cet attendu pourrait certes être interprété en ce sens que l'identification des caractéristiques originales suffit pour établir que les conditions de la protection sont réunies, à l'instar de la règle qui prévaut en matière de dessin ou modèle communautaire non enregistré (DMCNE)¹⁸¹, mais une telle interprétation semble hasardeuse.

Au sein de la **Cour d'appel de Paris**, plusieurs tendances coexistent.

L'une privilégie l'explicitation : "*l'originalité d'une œuvre doit être **explicitée** par celui qui revendique des droits d'auteur*"¹⁸².

Toutefois, dans certains arrêts, lorsqu'en définitive l'originalité n'est pas retenue, la Cour en conclut que la **preuve** n'est pas rapportée¹⁸³.

Une autre tendance utilise le verbe "caractériser", synonyme de prouver : "*L'originalité de l'œuvre, qu'il appartient à celui qui invoque la protection de caractériser [...]*"¹⁸⁴.

*(...) en a déduit, par une appréciation souveraine et sans inverser la charge de la preuve, **qu'ils ne démontreraient pas être titulaires des droits qu'ils invoquaient***".

¹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n°14-20310 : "*Attendu que l'arrêt énonce, à bon droit, qu'il incombe à celui qui agit en contrefaçon d'une œuvre, **d'identifier** ce qui en caractérise l'originalité*".

¹⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2017, n°16-18017 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2017, n°16-22.105.

¹⁸¹ On sait qu'en ce domaine, la CJUE, interprétant l'article 85 § 2 du règlement n° 6/2002 **sur les dessins ou modèles communautaires**, a dit pour droit que, pour qu'un DMCNE soit considéré comme valide, son titulaire "*n'est pas tenu de prouver que celui-ci présente un caractère individuel [...]* mais doit **seulement indiquer en quoi ledit dessin ou modèle présente un tel caractère, c'est-à-dire identifier le ou les éléments du dessin ou modèle concerné qui, selon ce titulaire, lui confère ce caractère**" (CJUE, 19 juin 2014, *Karen Millen*, C-345/13), avec cette conséquence que le DMCE bénéficie alors d'une présomption de validité pouvant être contestée par le défendeur.

¹⁸² V. par ex. : CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n°18/20559 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 24 janv. 2020, n° 18/06949 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 22 oct. 2019, n° 17/09422 ; CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 5 avr. 2019, n°18/02322 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 25 janv. 2019, n° 17/15416.

¹⁸³ CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 18/20559 : "*La cour, au vu de ces éléments et des pièces versées aux débats, constate que la société X Y **ne fait pas la preuve de l'originalité de sa brosse** «NanoThermic Ceramic + Ion» traduisant une empreinte personnelle de son auteur.*"

¹⁸⁴ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 18 févr. 2020, n° 18/00175 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 15 févr. 2019, n° 17/21451 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 22 mars 2019, n° 17/21767.

Enfin, parfois, il s'agit clairement de preuve : "*la preuve de cette originalité suppose que les demandeurs **démontrent** un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de son auteur*"¹⁸⁵.

En ce qui concerne le **Tribunal judiciaire de Paris**, une ordonnance de la Présidente de la 3^{ème} chambre 1^{ère} section datée du 22 juin 2017¹⁸⁶, statuant en qualité de Juge de la Mise en Etat, a fixé la jurisprudence du tribunal dans le sens d'une obligation d'**identifier** et d'**expliquer**, faisant clairement la **différence** avec une **obligation probatoire** "*qui constituerait un renversement de la charge de la preuve*" :

*"Il n'est ici pas question d'imposer aux demandeurs la démonstration prématurée de l'originalité de chaque œuvre en débat, ce qui constituerait par ailleurs un renversement de la charge de la preuve, mais l'identification et la définition objective des éléments subjectifs qui la caractérisent pour permettre un débat contradictoire à la fois pertinent et loyal interdisant aux demandeurs d'ajuster l'assiette des droits qu'ils revendiquent aux moyens opposés tant dans le cadre d'une fin de non-recevoir que dans celui d'une défense au fond : **expliquer n'est pas prouver mais rendre clair et précis**".*

A la suite de cette ordonnance et jusqu'à fin 2018, une série de jugements¹⁸⁷ a même réitéré un attendu identique (dont on ne trouve plus que des traces isolées dans les décisions plus récentes¹⁸⁸) justifiant l'obligation d'identifier et d'expliquer imposée au demandeur par le souci de **permettre au défendeur d'"apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité"** :

*"En effet, seul l'auteur, dont le juge ne peut suppléer la carence, est en mesure d'identifier les éléments traduisant sa personnalité et qui justifient son monopole et le principe de la contradiction posé par l'article 16 du code de procédure civile commande que **le défendeur puisse connaître précisément les caractéristiques qui fondent l'atteinte qui lui est imputée et apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité**" (TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 1^{er} février 2018, n°16/10024).*

La jurisprudence du Tribunal semble toujours préférer l'explicitation à la preuve, avec cependant des exceptions, comme ce jugement du 8 février 2019 :

*"Lorsque la protection est contestée en défense, l'originalité doit être **explicitée et démontrée** par celui s'en prétendant auteur qui doit permettre l'identification des éléments au moyen desquels cette **preuve** est rapportée, ce pour chacune des œuvres au titre desquelles le droit est revendiqué*"¹⁸⁹.

¹⁸⁵ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 14 janv. 2020, n° 18/05061 ; v. également CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 4 juin 2019, n° 17/10233 : "*il appartient aux appelants [...] de faire au préalable la démonstration [...]*" ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 29 sept. 2020, n° 18/08940 : "*l'originalité doit être **explicitée et démontrée** par celui qui se prétend auteur*".

¹⁸⁶ TGI Paris, 3^{ème} chambre, 1^{ère} section, ordonnance du JME, 22 juin 2017, n°16/17688.

¹⁸⁷ TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 5 oct. 2017, n°16/12105 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 1^{er} févr. 2018, n°16/14294 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 1^{er} févr. 2018, n°16/10024) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 15 mars 2018, n°2017/02734 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 5 avr. 2018, n°2014/17632 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 24 mai 2018, n°2017/07586 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 20 déc. 2018, n°17/08935 ; V. également CA Paris 5 octobre 2018, n°18/03595 : "*Seul l'auteur est en mesure d'identifier les éléments traduisant sa personnalité et qui justifient son monopole, et le défendeur doit pouvoir, en application du principe de la contradiction, connaître précisément les caractéristiques qui fondent l'atteinte qui lui est imputée et **apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité.***"

¹⁸⁸ V. cependant : TGI Paris, 4 nov. 2019, ord. référé, n°19/55787.

¹⁸⁹ TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 8 févr. 2019, Zingaro, n°16/09059 ; v. également TJ Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 9 oct. 2020.

En région, la tendance est nettement en faveur d'une **obligation probatoire**. Il s'agit en effet de "rapporter la preuve"¹⁹⁰, "caractériser"¹⁹¹, "établir"¹⁹², "établir et caractériser"¹⁹³ ou "démontrer"¹⁹⁴ l'originalité.

Quelques décisions requièrent cependant de "définir"¹⁹⁵ ou d'"identifier"¹⁹⁶ ce qui fait l'originalité invoquée.

En théorie, la différence est considérable entre une obligation probatoire et une simple obligation d'identification, cette différence se situant bien entendu au niveau de ce qu'il est convenu de nommer "le risque de la preuve".

En pratique, on a toutefois le sentiment que cela ne change pas grand-chose, car le demandeur ne pourra pas se contenter de dire où se situe l'originalité revendiquée ; il devra, dans tous les cas, argumenter.

2.2.3 - Modalités probatoires

Concrètement, comment faut-il procéder pour répondre à l'exigence jurisprudentielle ?

Plusieurs principes doivent être respectés.

En premier lieu, le demandeur ne pourra se contenter d'une simple **description**, dépourvue de "*pertinence pour démontrer l'originalité alléguée*"¹⁹⁷ et qui "ne suffit pas à faire bénéficier d'une protection"¹⁹⁸, sans "*explicitement les choix créatifs*"¹⁹⁹, "*explicitement en quoi les choix effectués porteraient l'empreinte de la personnalité*" de l'auteur et attesteraient "*d'un effort créatif*"²⁰⁰ ou identifier un "*effort créatif particulier*".

Pas davantage ne saurait-il se limiter à des "**affirmations**" ou des "*considérations générales*"²⁰¹ ou "*à une approche générale, sans fournir aucune explication précise*"²⁰² ni préciser en quoi les caractéristiques revendiquées "*reflétaient un parti pris esthétique portant l'empreinte de la personnalité*" de l'auteur²⁰³.

En deuxième lieu, cette démonstration ou explicitation doit être effectuée **pour chaque œuvre invoquée** et ne peut, par exemple, "*s'appliquer à un ensemble de clichés appréciés ensemble*"²⁰⁴.

¹⁹⁰ CA Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 27 oct. 2020, n° 19/00840 ; CA Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 27 oct. 2020, n°19/01200 ; CA Rennes, 3^e ch. com., 5 févr. 2019, n°16/02970 ; CA Douai, ch. 1 sect. 2, 5 avr. 2018, n°16/04545.

¹⁹¹ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 20 juin 2019, n° 16/22266 ; CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 13 juin 2019, n°17/00275.

¹⁹² CA Douai, ch. 1 sect. 2, 6 févr. 2020, n°18/02977 ; CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 13 juin 2019, n°17/00275.

¹⁹³ CA Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 7 sept. 2018, n°16/08909.

¹⁹⁴ CA Douai, ch. 1 sect. 2, 4 juill. 2019, n° 17/07236 ; CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 29 mai 2019, n°16/21997 ; CA Nancy, 1^{ère} ch., 4 mars 2019, n°17/02968.

¹⁹⁵ CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 12 nov. 2019, n°17/06297.

¹⁹⁶ CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 4 juin 2019, n°16/05375 ; CA Lyon, 1^{re} ch. civ. a, 4 oct. 2018, n°16/02972.

¹⁹⁷ TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 12 janvier 2017, n°15/03944.

¹⁹⁸ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 13 mars 2018, n° 17/10025.

¹⁹⁹ TGI 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 6 avril 2018 n°2016/07659.

²⁰⁰ TGI Paris, 4 nov. 2019, ord. référé (3^{ème} ch.), n° 19/55787.

²⁰¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 25 mai 2018, n°17/00224 ; TGI Paris, 3^e ch. 4^e sect., 12 janv. 2017, n° 15/03944.

²⁰² Cass. 1^{ère} civ., 30 novembre 2016, n°15-17301.

²⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2017, n°16-18017.

²⁰⁴ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 13 juin 2019, n° 17/00275.

Enfin, elle doit être **contenue dans les écritures judiciaires** et non dans une pièce à laquelle ces dernières se réfèreraient²⁰⁵. Les juridictions du fond admettent cependant parfois le recours à une pièce annexe (un support numérique, par exemple), à condition que les parties en soient d'accord et que le Juge de la Mise en Etat l'ait autorisé²⁰⁶.

2.3 - Synthèse des exigences requises du demandeur

On retiendra de ce panorama jurisprudentiel qu'il appartient au demandeur, qui agit en contrefaçon devant une juridiction civile, au titre d'une atteinte à des droits qu'il détient sur une ou plusieurs œuvres :

- de démontrer, expliciter ou identifier, mais en tous cas justifier de manière précise, sans se limiter à des affirmations générales,
- œuvre par œuvre, quel que soit leur nombre,
- dans l'assignation ou, s'il agit à Paris, dans des conclusions en réponse si le défendeur le conteste,
- que chacune des œuvres revêt un caractère original en ce sens que :
 - soit (si l'on s'en tient à la jurisprudence de la CJUE) elle constitue une création intellectuelle propre à son auteur qui reflète la personnalité de celui-ci en manifestant ses choix libres et créatifs, étant précisé que, pour les modèles et peut-être pour les autres œuvres, l'effet esthétique ne permet pas, en soi, de caractériser l'originalité ;
 - soit (si l'on synthétise les critères de la Cour d'appel et du Tribunal judiciaire de Paris ainsi que de la Cour d'appel de Lyon et en dernier lieu de Nancy) :
 - elle présente une physionomie propre, ou traduit des choix propres, ou résulte de choix arbitraires,
 - qui démontre(nt) l'effort ou le travail créatif ou le travail libre et créatif et/ou le parti pris esthétique,
 - portant l'empreinte - ou qui est révélatrice - de la personnalité de l'auteur ;
 - soit (selon certaines décisions du Tribunal judiciaire de Paris) elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et n'est pas la banale reprise d'un fonds commun non appropriable ;

²⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2017, n°**16-18017**.

²⁰⁶ Propos tenus par Madame Marie-Christine Courboulay, alors Vice-Présidente du TGI de Paris (et présidente de la 3^{ème} chambre, 1^{ère} section) lors de la Commission ouverte Droit de la Propriété intellectuelle (COMPI) du 15 avril 2015 ayant pour thème "Rencontre avec les magistrats de la troisième chambre du tribunal de grande instance de Paris", compte rendu proposé par Les éditions juridiques Lexbase, [https://www.lagbd.org/index.php/Propri%C3%A9t%C3%A9_intellectuelle:_Rencontre_avec_les_magistrats_de_la_troisi%C3%A8me_chambre_du_tribunal_de_grande_instance_de_Paris_\(fr\)](https://www.lagbd.org/index.php/Propri%C3%A9t%C3%A9_intellectuelle:_Rencontre_avec_les_magistrats_de_la_troisi%C3%A8me_chambre_du_tribunal_de_grande_instance_de_Paris_(fr))

- soit (devant certaines juridictions en région) elle résulte de partis pris esthétiques ou de choix arbitraires ou reflète ou porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur ;
- soit [*en ce qui concerne les œuvres musicales*] en l'absence d'antériorité pouvant être opposée ;
- soit [*en ce qui concerne les logiciels*] elle résulte d'un effort personnalisé de l'auteur, allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, dans une structure individualisée.

On conçoit le poids qu'une telle obligation peut représenter, en particulier lorsqu'il s'agira de démontrer l'originalité d'œuvres nombreuses, et les interrogations qu'elle peut susciter quant à la manière d'y satisfaire concrètement alors que l'originalité s'apprécie selon des critères non homogènes et pour certains - on pense à l'empreinte de la personnalité de l'auteur - abscons.

A travers les auditions qu'elle a menées, la mission s'est attachée à en mesurer les conséquences, notamment sur la protection des œuvres relevant classiquement du domaine des beaux-arts, étendu à l'audiovisuel et à la photographie.

PARTIE II - CONSEQUENCES ET APPRECIATION CRITIQUE

Les auditions ont confirmé que, comme le pointe la lettre de mission, les exigences jurisprudentielles constituent un obstacle tel, pour les titulaires de droits, qu'il les conduit bien souvent à renoncer à agir (1).

Les conséquences sont donc graves, alors que les motivations avancées ne semblent pas justifier pareille situation (2) et que la diminution de la protection qui en résulte apparaît en contradiction avec le droit de l'Union en ce qu'elle méconnaît l'objectif d'assurer un niveau de protection élevé (3).

1 - Un obstacle dissuasif portant atteinte à l'effectivité de la protection

Les titulaires de droits comme les praticiens constatent d'une manière générale un effet pervers de l'évolution de la jurisprudence. En effet, les auteurs ou les titulaires de droits se découragent à engager des actions sur le fondement du droit d'auteur au regard de la difficulté que représente la preuve de l'originalité.

L'obstacle réside, en premier lieu, dans la difficulté d'appliquer des critères qui semblent inadaptés (1.1). La difficulté devient, en second lieu, insurmontable, lorsqu'il s'agit de faire face à des exploitations massivement contrefaisantes (1.2). Il en résulte une désertion du droit d'auteur et de la protection qu'elle est censée procurer (1.3).

1.1 - Des critères inadaptés aux œuvres non techniques et non utilitaires

Comment concrètement démontrer (ou même expliciter) l'originalité d'un film, d'un roman, d'un dessin, d'une sculpture, d'une chorégraphie, d'une poésie..., qui semble pourtant évidente et qui n'eût, auparavant, jamais été discutée ?

Cette simple question laisse les auteurs et titulaires de droits perplexes, d'autant plus lorsqu'ils tentent d'appliquer les critères généralement utilisés par la jurisprudence²⁰⁷ tels que rappelés ci-dessus.

"**L'empreinte de la personnalité**", critère qui chapeaute tous les autres, ne signifie rien concrètement ; la démonstration, de ce point de vue, est tout simplement impossible.

La "**physionomie propre**" n'a guère de sens pour des œuvres non utilitaires dont on supposera, par hypothèse, qu'elles n'empruntent pas leur "physionomie" à une œuvre antérieure.

Il en va de même du "**parti pris esthétique**" dont on pourra considérer, pour les œuvres des arts graphiques et plastiques, soit qu'il est nécessairement présent, soit qu'il est hors de propos pour des artistes qui n'entendent surtout pas faire du "beau" et réfutent globalement toute considération esthétique. Il est par ailleurs inapplicable aux œuvres littéraires, sauf à entendre le mot "esthétique" dans son acception philosophique qui n'est pas celle de la jurisprudence (et qui, de toute façon, ne pourrait s'appliquer qu'aux romans ou à la poésie, à l'exclusion, par exemple, des essais).

²⁰⁷ Hors le cas des logiciels et des œuvres musicales qui sont appréciés, comme rappelé ci-dessus, selon des critères spécifiques.

Comment par ailleurs montrer qu'une œuvre de fiction est un **travail créatif**, sauf à l'affirmer péremptoirement ?

Quant aux **choix** effectués par l'auteur, si le critère paraît adapté aux œuvres techniques et utilitaires, il ne l'est pas pour les autres œuvres.

En effet, au regard des premières, le terme de "choix" est simplement synonyme de liberté créatrice et d'affranchissement des contraintes techniques ou fonctionnelles, comme de celles imposées par le sujet traité ou par les conditions de la commande.

Pour les œuvres non techniques et non utilitaires, la liberté n'est pas en doute²⁰⁸ et les possibilités de création sont infinies, en sorte que le terme de choix paraît impropre, et ce d'autant que la notion de choix (tout au moins de choix conscient) est généralement considérée comme étrangère au processus créatif.

Réduire l'œuvre à une série de choix conduit par ailleurs à un morcellement qui n'aboutit qu'à la déconstruire, alors que, bien souvent, l'originalité résultera davantage d'une impression d'ensemble que d'une "check list" dont les cases seraient tour à tour cochées²⁰⁹.

On peut encore considérer que le choix dans ce domaine relève tout simplement de l'idée ou du procédé, et non de sa formalisation. Dira-t-on, par exemple de l'œuvre de Soulages qu'elle est originale parce que l'artiste a choisi de peindre exclusivement en noir, de celle de Klein parce qu'il a choisi un bleu spécifique de Pollock parce qu'il a choisi le procédé du "dripping", de celle de Messiaen parce qu'il a choisi de retranscrire des chants d'oiseaux, des photos d'Arthus-Bertrand parce qu'il a choisi de les prendre "vu du ciel",... ?

Mais, à supposer même que l'auteur effectue réellement des choix et qu'il soit à même de les expliquer, comment procéder lorsque ledit auteur est inconnu ou décédé ou lorsque l'action est engagée par une personne morale sans lien avec l'auteur : syndicat professionnel, sous-cessionnaire de droits d'exploitation en France d'une œuvre d'origine étrangère ...

Qu'en sera-t-il pour une œuvre de collaboration - une **œuvre audiovisuelle** par exemple - : faudra-t-il interroger tous les coauteurs de toutes les contributions pour qu'ils explicitent leurs choix ?

Et lorsque la contrefaçon portera sur un **ouvrage** comportant **plusieurs centaines de pages** intégralement reproduit sans autorisation, faudra-t-il expliciter l'originalité chapitre par chapitre, page par page, ligne par ligne ?

La jurisprudence actuelle fait peser sur le demandeur **l'incertitude du facteur de rattachement** à la catégorie juridique des œuvres protégeables - l'originalité - et **l'inefficience de ses critères**.

Les auteurs pointent **l'insécurité juridique** qui en résulte pour eux : avant un éventuel procès, ils ne peuvent être certains que l'originalité de leurs œuvres pourra être établie et, partant, que celles-ci jouissent bien de la protection légale censée résulter du seul fait de la création.

²⁰⁸ Même lorsque l'auteur s'impose volontairement une contrainte, par exemple en vertu du principe oulipien qui veut que créativité se développe grâce à la contrainte.

²⁰⁹ V. au sujet des photographies : Louis Lefebvre, "Protection de la photographie par le droit d'auteur : d'Oscar Wilde au cas Jimi Hendrix", note sous TGI Paris, 3^{ème} chambre 1^{ère} section, 21 mai 2015, Revue générale du droit *on line*, 2015, numéro 22531 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=22531).

Ils redoutent également les répercussions potentielles de cette insécurité sur leur **statut d'auteur**. Ainsi, par exemple, en prenant l'hypothèse d'un ouvrage édité par un éditeur et contrefait par un tiers. Si, dans le cadre du procès en contrefaçon l'originalité de l'ouvrage ne peut être démontrée, l'éditeur pourra-t-il ensuite résilier son contrat avec l'auteur au motif que l'œuvre n'est pas originale et comment traiter les droits d'auteur perçus ?

Dans le domaine de la photographie, les auteurs et les titulaires de droits regrettent la modification des critères appliqués, alors que les critères classiques (angle de vue, cadrage, utilisation de la lumière, contrastes, etc.) ne posaient pas de difficulté.

Ils soulignent que, désormais, l'originalité des travaux de **photographes professionnels et reconnus** est remise en cause comme en témoigne l'affaire de la photographie de Jimi Hendrix. La doctrine relève d'ailleurs que "*le sort réservé aux photographies a évolué dans le sens d'une plus grande sévérité*"²¹⁰, sévérité dont les auteurs et les ayants droit contestent la légitimité.

Dans une autre affaire, une photographe ayant participé à l'illustration de nombreux ouvrages d'architecture et de musées édités en plusieurs langues par des éditeurs de renom et référencée comme auteur auprès du Centre des monuments nationaux a été déboutée en première instance bien qu'elle se soit astreinte à expliciter l'originalité des 48 photographies en cause.

Ce jugement a été infirmé en appel. Dans son arrêt²¹¹, la Cour relève que, pour contester l'originalité des photographies invoquées, l'intimée se contentait de produire "*des extraits du moteur de recherche Google montrant des visuels en format timbre-poste des mêmes monuments que ceux photographiés par Mme Y X, sans justifier cependant que lesdits visuels seraient identiques ou similaires aux photographies litigieuses*".

Cette affaire illustre le **déséquilibre probatoire** entre l'auteure, qui explicitait minutieusement l'originalité de chacune de ses 48 photographies, et le contrefacteur, qui se contentait de verser aux débats des pages écrans d'une simple recherche Google portant sur les monuments photographiés.

On rappellera qu'un amendement²¹² avait été déposé par plusieurs députés dans le cadre du débat parlementaire relatif au projet de loi Création, Architecture et Patrimoine²¹³.

Cet amendement pointait déjà les problématiques soulevées par le sujet du présent rapport : "*La preuve de l'originalité des œuvres, et plus particulièrement des photographies, pose aujourd'hui un véritable problème devant les tribunaux. [...] Cette situation est inquiétante puisqu'elle vient affaiblir, voire même rendre impossible la défense des droits des auteurs*". Il n'avait pas été adopté.

La démonstration de l'originalité d'un **logiciel** pose quant à elle un problème spécifique en ce qu'elle porte sur ses composants, tels que les lignes de programmation, les codes ou l'organigramme, ou du matériel de conception préparatoire.

²¹⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité préc.*, n°143, p. 164.

²¹¹ CA Paris, pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 19/02523.

²¹² Cet amendement était ainsi rédigé :

L'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« *Toutes les œuvres de l'esprit sont présumées, sauf preuve contraire, originales et bénéficiaires de la protection instituée par le présent code.* »

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3068/AN/248.asp>

²¹³ Projet de loi devenu la Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

Or, ces éléments peuvent revêtir un caractère secret, et le titulaire des droits sera d'autant plus rétif à les divulguer que la contestation d'originalité émanera d'un concurrent de mauvaise foi.

Il n'aura donc de choix qu'entre deux options déceptives et impropres à protéger ses droits, consistant, soit à divulguer les éléments protégés et secrets du logiciel concerné dans le cadre d'une démonstration d'originalité, soit à tolérer la contrefaçon.

D'une manière générale, les auteurs et titulaires de droits voient les contraintes que leur impose la jurisprudence actuelle comme une **prime à la mauvaise foi** qui **encourage les contrefacteurs à contester l'originalité** pour tenter de faire échec à l'action en contrefaçon.

Le caractère **systématique et opportuniste** de la **contestation d'originalité** est encore plus flagrant dans le cadre de "**contentieux de masse**" pouvant porter, comme l'indique la lettre de mission, sur "*plusieurs centaines, plusieurs milliers, voire plusieurs dizaines de milliers d'œuvres contrefaites*".

1.2 - La contrefaçon massive

Il a été souligné, au cours des auditions, que la nécessité d'une démonstration œuvre par œuvre était en **décalage** avec la réalité de l'exploitation contrefaisante des œuvres qui ne s'effectue plus œuvre par œuvre, mais de manière **massive** (que l'on songe, par exemple, aux plateformes d'échange ou aux sites de liens).

Dans un tel cadre, la démonstration d'originalité œuvre par œuvre est tout simplement **impossible** et l'originalité sera, de ce seul fait, **systématiquement contestée en défense**.

La seule décision possible pour les titulaires de droits sera donc d'**abandonner** toute idée de poursuite.

Il a été relevé à cet égard que "*plus la démonstration de l'originalité sera exigée, plus les contrefacteurs de masse se sentiront, voire seront effectivement, à l'abri des procédures judiciaires*".

Certains organismes de gestion collective regrettent ainsi de ne pouvoir, dans ce cadre, exercer efficacement leur mission consistant à défendre les droits dont ils la charge. Ils souhaitent, de ce fait, l'extension de ce qu'ils nomment la "jurisprudence SACEM" en vertu de laquelle "*il appartient à celui qui conteste le caractère original d'une œuvre musicale de rapporter la preuve contraire*"²¹⁴.

Même lorsque le nombre d'œuvres contrefaites est moindre - de l'ordre de quelques dizaines ou centaines d'œuvre -, la démonstration d'originalité reste un **obstacle majeur**.

Le verbatim des auditions l'illustre parfaitement :

- "la procédure a nécessité l'embauche d'un juriste en CDD" ;
- "sur un dossier avec 200 œuvres, 200 heures de travail minimum sont nécessaires" ;
- "un stagiaire a passé trois mois à temps plein sur le dossier, aidé par les auteurs" ;
- "plus de 500 pages de conclusions afin de décrire œuvre par œuvre l'originalité" ;

²¹⁴ CA Aix-en-Provence, 1^{ère} chambre C, 26 novembre 2009, n°09/01245 et n°09/01330, préc.
Sur le sujet, v. S. Chatry, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1150, n°72 et les références ; également : F. Gaullier, "La preuve de l'originalité : mission impossible ?", *RLDI* n°70, avr. 2011, p.126-132.

- "nous n'irons pas au procès sur ce dossier, les **moyens** devant être mis en œuvre étant totalement **disproportionnés**" ;
- "plus la **contrefaçon** est **large**, plus elle est **difficile à contester** devant les tribunaux".

La **discrimination par le coût** est à cet égard choquante, entre les auteurs ou titulaires de droits qui disposeront des moyens matériels et humains pour satisfaire à la démonstration requise, et ceux qui ne les auront pas. Il en résulte une **rupture de l'égalité** dans la protection offerte par le droit d'auteur.

1.3 - La désertion du droit d'auteur

Face à cette situation, beaucoup renoncent à agir, ainsi qu'il vient d'être dit, et le développement de la contrefaçon qui en résulte n'est évidemment pas satisfaisant.

D'autres se détournent du droit d'auteur pour rechercher d'autres protections.

Dans certains cas, il pourra s'agir du **droit des marques**.

Ainsi, il est frappant de constater qu'au-delà d'un certain budget, tous les titres de films et de séries sont déposés à titre de marque, pour ne pas courir le risque d'une protection trop aléatoire par le droit d'auteur.

A titre d'exemple, la protection du titre de la série à succès *La Casa de Papel* a été recherchée sur le fondement du droit des marques - précisément, de la marque notoire non enregistrée - et non du droit d'auteur, comme le révèle la décision de l'INPI du 22 janvier 2019 n°2018-3146²¹⁵.

Le **droit voisin**, qui ne requiert pas de démonstration d'originalité, est également nettement plus en vogue que le droit d'auteur.

Les chaînes de télévision, notamment, agissent systématiquement sur le fondement du droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle, et non sur celui du droit d'auteur²¹⁶.

On sait également que l'impossibilité, pour les éditeurs et les agences de presse, de démontrer l'originalité de leurs contenus pillés par les agrégateurs de contenus, n'est pas étrangère à la création, en leur faveur, d'un droit voisin spécifique, issu de la directive 2019/790 du 17 avril 2019, transposé par la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019.

Il semble ainsi qu'aujourd'hui, le droit voisin soit plus protecteur que le droit d'auteur, constat qui n'est guère satisfaisant.

2 - L'absence de justification convaincante

2.1 - Actori incumbit probatio

Il a été rappelé, en introduction au présent rapport, que la détermination du caractère original d'une œuvre n'était pas une question de fait, mais une opération de qualification juridique portant sur le critère de rattachement (l'originalité) à une catégorie juridique : celle des œuvres protégées.

²¹⁵ Décision favorable de l'INPI dans le cadre d'une opposition sur la base d'une marque notoire non enregistrée, ce qui prouve que ce fondement peut être utilisé afin de protéger une œuvre.

²¹⁶ V. par ex. : CA Paris, Pôle 5 ch.1, 2 février 2016, Playmedia/France Télévisions.

Il ne devrait donc être ici question ni de charge, ni de risque de la preuve, mais d'office du juge, à qui il revient de qualifier une œuvre d'originale ou non à la lumière des arguments de faits soulevés par les deux parties.

Dans la mesure où le sujet est néanmoins désormais traité par la jurisprudence comme une question de preuve, il est alors nécessaire de **rectifier** une **idée reçue** trop fréquemment admise et de rappeler les **principes applicables du droit de la preuve**.

2.1.1 - Un adage trompeur

L'idée reçue est celle qui voudrait que le demandeur supporte systématiquement la charge de la preuve en vertu de l'adage *actori incumbit probatio*.

Comme le souligne la doctrine cet adage "*induit en erreur. Cette position classique, abondamment citée dans des thèses de référence, ne reflète ni la réalité du droit définie par le Code civil et le Code de procédure civile, ni celle de leur application jurisprudentielle*"²¹⁷.

Son systématisme a d'ailleurs été remis en cause de longue date :

*"si le procès dans une société civilisée ne doit pas être un combat judiciaire, mais une occasion de définir ce qui est juste, il n'y a aucune bonne raison à faire peser systématiquement toutes les obligations de preuve sur le demandeur qui [...] n'aura pas les moyens suffisants pour les remplir"*²¹⁸.

On rappellera d'ailleurs qu'au cours des années 2017 et 2018²¹⁹ (et, postérieurement, de manière occasionnelle²²⁰), les jugements du TGI de Paris étaient systématiquement motivés en ce sens qu'il appartenait au demandeur de décrire l'originalité pour permettre au **défendeur** d'"*apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité*".

De fait, l'**attribution systématique** du fardeau de la preuve - qu'il s'agisse de l'imputer au demandeur ou au défendeur - n'est pas en phase avec le **pragmatisme qui gouverne le droit de la preuve** pour proposer des solutions qui varient selon les situations : "*la mise en œuvre pratique de la charge de la preuve ne peut reposer sur une alternative binaire*"²²¹ ; "*La variation des situations et des solutions retenues par les juridictions est si importante, qu'il faut reconnaître l'impossibilité de dégager un principe directeur qui dominerait toute la matière*"²²².

2.1.2 - Les principes applicables du droit de la preuve

En matière civile, les **deux seuls textes généraux** relatifs à la détermination de la charge de la preuve - l'article **1353 du Code civil**²²³ et l'article **9 du Code de procédure civile**²²⁴ - sont

²¹⁷ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, n°193 p.198.

²¹⁸ R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil - permanences et transformations*, Paris, LGDJ, 1955, préf. R. Savatier, p. 169.

²¹⁹ TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 5 oct. 2017, n°16/12105 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 1er févr. 2018, n°16/14294 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 1er févr. 2018, n°16/10024 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 15 mars 2018, n°2017/02734 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 5 avr. 2018, n°2014/17632 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 24 mai 2018, n°2017/07586 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 20 déc. 2018, n°17/08935.

V. également CA Paris 5 octobre 2018, n°18/03595 : "*Seul l'auteur est en mesure d'identifier les éléments traduisant sa personnalité et qui justifient son monopole, et le défendeur doit pouvoir, en application du principe de la contradiction, connaître précisément les caractéristiques qui fondent l'atteinte qui lui est imputée et apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité.*"

²²⁰ TGI Paris, 4 nov. 2019, ord. référé, n°19/55787.

²²¹ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., n°211 p.212.

²²² *Ibid.* n°210 pp.211-212.

²²³ "*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*"

considérés comme "*insuffisants pour la répartir avec netteté entre le demandeur et de défendeur à l'instance*"²²⁵ et de surcroît "*peu explicites*"²²⁶.

La **Cour de cassation**, dans son **Rapport pour l'année 2012**, ne dit pas autre chose lorsqu'elle constate, à l'instar de la doctrine, et sans même mentionner l'article 9 du CPC, que **les textes généraux ne rendent pas compte de la diversité des solutions** résultant des **règles spéciales définies au cas par cas, selon les domaines et les situations**, soit par des **lois de fond propres à chaque matière**, soit par la **jurisprudence** :

"L'attribution de la charge ou du risque de la preuve ne peut se réduire aux seules règles posées par l'article 1315 du code civil, relatif à la preuve des obligations, et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relatif à la présomption d'innocence.

L'attribution du fardeau de la preuve est l'objet de multiples règles de fond, complétées par le travail jurisprudentiel, pour déterminer la partie à laquelle imputer l'insuffisance des preuves produites."²²⁷

En l'absence de règle de fond légale, "*Les juges attribuent la charge de la preuve au cas par cas, selon l'objet de la preuve et le domaine dans lequel il exerce son office*"²²⁸, en conduisant "*un travail interprétatif consistant à se demander sur quelle partie le législateur aurait souhaité faire reposer le fardeau probatoire*"²²⁹.

Comme le précise la **Cour de cassation** dans son rapport précité :

"Plusieurs directives l'aident [le juge] dans cette entreprise : le respect dû aux situations acquises, la préférence à celui qui avance une prétention correspondant au cours normal des choses, l'aptitude à la preuve d'une des parties, la volonté de protéger telle ou telle catégorie de justiciables, dont l'allègement des contraintes en matière de preuve vise à corriger la situation de faiblesse dans laquelle ils sont censés se trouver à l'égard de leurs adversaires au procès."

Il s'agit des **principes généraux** dégagés par la doctrine pour rendre compte de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, "*il est aujourd'hui admis que la charge de la preuve varie en fonction de critères qui ne sont pas inscrits dans les textes*"²³⁰.

Ils ont été regroupés par la doctrine en deux principaux critères.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation."

²²⁴ "Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention."

²²⁵ Répertoire de droit civil, Dalloz, Preuve : règles de preuve, Gwendoline Lardeux, oct. 2018 (act. mars 2019), n°158 et 159. V. également n°161, précisant que ce texte signifie que "*la charge de la preuve incombe au demandeur à l'allégation*" au sens "*d'introduction d'un fait dans le débat*". Mais "*cette allégation n'est pas nécessairement celle du demandeur*" (E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc. n°210 p.211.

L'hésitation est très souvent permise pour déterminer à quelle partie imputer l'allégation (est-ce par exemple à la partie qui tient un fait pour acquis au à celle qui le conteste ?).

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012, Livre 3 : Etude - La preuve, p. 170.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2012_4571/

²²⁸ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., n°210 p.211.

²²⁹ Cour de cassation, rapport 2012 préc.

²³⁰ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., n°210 p.211.

Le **premier**, qui est aussi le **principal**, est celui dit de la "**vraisemblance**", également dénommé (selon les auteurs) critère de la "**normalité de l'allégation**", de "**l'apparence**" ou de la "**probabilité**"²³¹.

Il est ainsi défini par la Cour de cassation dans l'extrait précité de son rapport : il s'agit de donner "**la préférence à celui qui avance une prétention correspondant au cours normal des choses**".

Autrement dit, "*c'est celui qui lutte contre les apparences qui doit les détruire en prouvant qu'elles ne correspondent pas à la réalité*"²³².

Le **second critère** est celui dit de "**l'aptitude à la preuve**", également visé dans l'extrait précité du rapport de la Cour de cassation pour l'année 2012.

Il consiste à faire "*peser la charge de prouver l'allégation à la partie à l'instance qui a les moyens de se préconstituer ou d'établir la preuve du fait lui permettant de repousser la prétention de son contradicteur, dans l'hypothèse où ce dernier, demandeur à l'allégation, se heurte lui-même à l'impossibilité ou à la très grande difficulté de prouver le fait qui vient au soutien de sa prétention.*"²³³

Plus largement, la charge de la preuve reposera sur la partie "*qui a la plus grande aptitude à produire la preuve en justice*"²³⁴.

"**Critère de second rang**"²³⁵, "*il introduit une dimension d'équité*"²³⁶ dans la répartition de la charge de la preuve.

Ce critère correspond peu ou prou au **concept de "charge dynamique de la preuve"** en vigueur en **Espagne** et dans les pays d'**Amérique Latine**. Il permet au juge "*de faire varier l'attribution du fardeau probatoire*" pour le faire peser sur la partie "*qui dispose de la plus grande facilité à prouver le fait nécessaire à la résolution du litige*"²³⁷.

Par exemple : "*le médecin est plus apte à prouver qu'il n'a pas commis de faute en montrant que son comportement a été conforme aux données acquises de la science. Le vendeur professionnel aura plus de compétences ou disposera de plus d'éléments techniques pour prouver que le produit vendu correspond aux besoins du consommateur*"²³⁸.

Parfois, les deux critères se combinent.

Ainsi en est-il, par exemple, de la **présomption prétorienne de titularité** qui veut "*qu'en l'absence de revendication du ou des auteurs, fussent-ils identifiés, l'exploitation paisible et non équivoque d'une œuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne morale est titulaire sur l'œuvre des droits patrimoniaux d'auteur*"²³⁹.

²³¹ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., n°202 p.205.

²³² *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Preuve, préc., n°167.

²³³ *Ibid.*, n°186.

²³⁴ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., n°203 p.205.

²³⁵ *Ibid.*, n°203 p.206.

²³⁶ *Ibid.*, n°203 p.205.

²³⁷ *Ibid.*, n°203 p.206.

²³⁸ *Ibid.*, note de bas de page n°6, p.206.

²³⁹ Jurisprudence constante depuis l'arrêt "Aréo", Cass. 1re civ., 24 mars 1993, n° 91-16.543 ; pour une application récente des juges du fond, v. par ex. CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 29 janv. 2019, n° 17/11182.

La présomption, en effet, **se justifie tout à la fois par la vraisemblance** ou l'apparence de titularité des droits créée par l'exploitation paisible et non équivoque sous le nom de la personne morale, et **par la difficulté** (et donc l'inaptitude relative à la preuve) de **démontrer l'existence d'une œuvre collective**. Cette difficulté était systématiquement exploitée en défense par les contrefacteurs, situation à laquelle la Cour de cassation a entendu remédier en créant la présomption de titularité.

Ces principes, ainsi qu'il sera montré ci-après en troisième partie (3.1.2), sont parfaitement transposables à la question de la charge de la preuve en matière d'originalité.

2.2 - L'aptitude probatoire prêtée à l'auteur

De nombreuses décisions du Tribunal judiciaire et de la Cour d'appel de Paris justifient la charge probatoire imposée au demandeur par l'affirmation que "*seul l'auteur [serait] à même d'identifier les éléments traduisant sa personnalité*"²⁴⁰, certains jugements ajoutant même que "*le juge ne peut suppléer [sa] carence*" à cet égard²⁴¹.

L'idée, explicitée par l'ancienne Présidente de la 3^{ème} Chambre, 1^{ère} section du Tribunal qui est à l'origine de cette formulation, est que "*seul un auteur peut dire ce qui constitue son œuvre*", ce pourquoi il lui appartient d'en décrire "*les caractéristiques essentielles qui constituent l'originalité*", c'est-à-dire concrètement les "*choix arbitraires de l'auteur lui-même*"²⁴².

Il est permis de ne pas être convaincu par une telle justification.

On peut en effet considérer au contraire que l'auteur est sans doute **le plus mal placé**, faute de distance suffisante, pour expliquer en quoi l'œuvre pourrait refléter sa personnalité, si tant est qu'un tel reflet existât et que ledit auteur en valide le concept, très éloigné, ainsi qu'il a été rappelé, de l'acception contemporaine de l'art.

Quant à décrire les choix arbitraires - c'est-à-dire expliciter le processus créatif - la tâche n'apparaît pas plus simple, ce processus étant au moins pour une part inconscient et s'imposant bien souvent à l'auteur comme une nécessité dont il ne comprend pas toujours les raisons et ne maîtrise pas les ressorts.

Marcel Duchamp exprime, par exemple, à cet égard que l'artiste n'est pas "*pleinement conscient, sur le plan esthétique, de ce qu'il fait ou pourquoi il le fait - toutes ses décisions dans l'exécution des œuvres restent dans le domaine de l'intuition et ne peuvent être traduites en une self-analyse, parlée ou écrite ou même pensée*"²⁴³.

²⁴⁰ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 24 nov. 2020, n° 19/01232 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 19/04123 ; CA Paris, Pôle 5 - ch.1, 29 janv. 2019, n°17/11182 ; CA Paris, Pôle 5 - ch.2, 25 janv. 2019, n°17/15416 ; CA Paris, Pôle 5 - ch.2, 05 oct. 2018, n°18/03593 ; CA Paris, Pôle 5 - ch. 2, 16 mars 2018, n° 16/25730 ; TJ Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 3 déc. 2020, n° 19/00398 ; TGI Paris, 4 nov. 2019, n° 19/55787, (ord. réf.) ; TGI Paris 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 14 févr. 2019, n°17/10190 ; TGI Paris 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 14 févr. 2019, n°17/10190 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 20 déc. 2018, n°17/08935 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 25 mai 2018, n°17/00224 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 24 mai 2018, n°17/07586.

²⁴¹ TGI Paris, 4 nov. 2019, n° 19/55787, (ord. Référé) ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 20 déc. 2018, n°17/08935 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 2^{ème} sect., 25 mai 2018, n°17/00224 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 24 mai 2018, n°17/07586.

²⁴² Propos tenus par Madame Marie-Christine Courboulay, alors Vice-Présidente du TGI de Paris (et présidente de la 3^{ème} chambre, 1^{ère} section du Tribunal) lors de COMPI du 15 avril 2015 précitée en note 203, compte rendu proposé par Les éditions juridiques Lexbase.

²⁴³ Marcel Duchamp, "Le Processus créatif", allocution lors d'une réunion de la Fédération Américaine des Arts, Houston 1957, préc. note 133. Egalement : "*Mais je crois que l'artiste qui fait cette œuvre, ne sait pas ce qu'il fait. Je veux dire par là : il sait ce qu'il fait physiquement, et même sa matière grise pense*

Comment, d'ailleurs, l'auteur pourrait-il expliquer pourquoi l'œuvre finalement réalisée ne correspond pas à l'intention créatrice de départ ? Dire comment les personnages ont, chemin faisant, "échappé" à l'écrivain pour infléchir l'intrigue initiale ? Sans compter la part de hasard non négligeable qui a, par exemple, conduit Kandinsky à découvrir l'art abstrait parce qu'une toile était posée à l'envers dans son atelier...

Les auditions réalisées au cours de la mission ont révélé que les tentatives d'associer des auteurs à la démonstration d'originalité de leurs œuvres avaient généralement tourné court. Les auteurs restent, en effet, souvent perplexes face à la demande d'expliquer leur cheminement créatif, considérant que ce n'est pas à eux de parler de leur œuvre.

Concrètement, les démonstrations d'originalité ne sont jamais faites par les auteurs mais par des juristes. L'aptitude prétendue de l'auteur à expliciter l'originalité de son œuvre est ainsi une fiction qui ne correspond pas à la réalité.

Enfin, ainsi qu'il a été précédemment rappelé, la justification avancée dans les décisions précitées est évidemment sans valeur dans les cas où l'auteur est inconnu ou décédé, lorsque l'action est engagée par une personne morale sans lien avec l'auteur, ou dans l'hypothèse d'une œuvre collective (cas dans lequel la justification est pourtant utilisée²⁴⁴).

2.3 - Le principe du contradictoire

Certaines des décisions précitées du Tribunal et de la Cour d'appel de Paris²⁴⁵ ajoutent à la justification tirée de la capacité probatoire prêtée à l'auteur celle du principe de la contradiction devant permettre au **défendeur** "d'apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité":

"Seul l'auteur est en mesure d'identifier les éléments traduisant sa personnalité et qui justifient son monopole, et le défendeur doit pouvoir, en application du principe de la contradiction, connaître précisément les caractéristiques qui fondent l'atteinte qui lui est imputée et apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité".

En application de cette curieuse formulation - déjà signalée plus haut et qui ne semble plus avoir cours -, l'auteur, seul à même de le faire, devrait donc dire où se situe l'originalité alléguée de l'œuvre pour permettre au défendeur d'apporter la preuve contraire dont il supporte la charge - du moins en théorie car, dans ces décisions, c'est l'auteur qui assume de fait le risque de la preuve.

Le terme "identifier" (appliqué aux "éléments traduisant la personnalité de l'auteur") n'est pas utilisé par hasard, car il semble renvoyer à l'identification de l'œuvre ainsi que des éléments argués de contrefaçon, laquelle s'impose effectivement en vertu du principe du contradictoire.

normalement, mais il n'est pas capable d'estimer le résultat esthétique" Georges Charbonnier, Entretiens avec Marcel Duchamp, préc. note 134.

On peut encore penser au fameux *"Je est un autre"* d'Arthur Rimbaud ou au *"Comme on s'ignore"* de Marcel Proust.

²⁴⁴ V. par ex. CA Paris, pôle 5 - ch. 1, 29 janv. 2019, n° 17/11182 pour des modèles de sacs Chanel.

²⁴⁵ CA Paris, Pôle 5 - ch.2, 5 oct. 2018, n°18/03593 ; TGI Paris 3^{ème} ch. 4^{ème} sect., 14 févr. 2019, n°17/10190 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 20 déc. 2018, n°17/08935 ; TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} sect., 24 mai 2018, n°17/07586.

Mais, si l'obligation se comprend dans ce dernier cas (comment le défendeur peut-il se défendre s'il ne sait pas de quelle œuvre il s'agit et quels sont précisément les emprunts reprochés²⁴⁶), il n'en va pas de même des éléments caractérisant l'originalité.

Il suffit en effet que l'œuvre soit aux débats pour que la discussion puisse s'instaurer entre les parties et rien n'empêche le défendeur de faire valoir ses arguments s'il estime que la condition d'originalité n'est pas satisfaite.

Il est constant que le principe du contradictoire participe "*de la recherche de l'égalité dans l'enceinte du procès*"²⁴⁷.

Or, on observera que s'il est généralement aisé de contester l'originalité d'une œuvre qui prête, effectivement, à discussion, il n'est pas aussi simple de démontrer l'originalité lorsqu'elle semble pourtant évidente.

Il en est d'autant plus ainsi, paradoxalement, lorsque les composants de l'originalité sont multiples, par exemple dans le cas d'une œuvre audiovisuelle, d'un roman ou d'une œuvre musicale.

La démonstration reste certes gérable lorsque la contrefaçon porte sur des emprunts limités, mais il n'en va pas de même en cas de **reprise servile et intégrale** qui contraint le demandeur à démontrer l'originalité de l'œuvre dans son ensemble, c'est-à-dire dans tous ses composants²⁴⁸, alors que, probablement, le défendeur n'argumentera que sur quelques aspects, s'il ne se contente pas d'une contestation de principe, non argumentée.

On peut penser qu'un tel fardeau, ainsi inutilement imposé au demandeur lorsque la logique voudrait que le défendeur précise les aspects qu'il entend contester pour circonscrire le débat sur l'originalité, n'instaure pas "*l'égalité dans l'enceinte du procès*".

Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que les parties ne sont pas dans la même situation.

L'auteur, dont l'œuvre est utilisée sans que son autorisation ait été sollicitée, n'a rien demandé à personne.

Le défendeur, en revanche, a **choisi** d'exploiter l'œuvre sans solliciter d'autorisation.

Soit il sait - ou doit savoir - que l'œuvre est protégée. Il est alors de **mauvaise foi** en passant outre l'autorisation de l'auteur et il n'est pas justifié de faciliter sa défense en imposant à l'auteur la charge de démontrer l'originalité.

Soit il considère que l'œuvre n'est pas originale, ce pourquoi il a décidé en connaissance de cause de l'utiliser sans autorisation. Il apparaît dans ce cas **légitime** qu'il **expose les raisons l'ayant conduit à cette conclusion**.

La justification tirée du principe du contradictoire n'apparaît donc guère convaincante.

2.4 - Le risque d'un élargissement du champ de la protection

Il a été rappelé au point 1.2 ci-dessus que la spécialisation des juridictions, ayant conduit les juridictions civiles à traiter le contentieux dont connaissaient jusqu'alors les Tribunaux de

²⁴⁶ V. cependant, pour un arrêt de la Cour de cassation jugeant, à propos des *Dialogues des Carmélites* de G. Bernanos, qu'une Cour d'appel n'avait pas violé le principe du contradictoire en procédant d'office à une comparaison entre deux œuvres pour rechercher les emprunts de la seconde à une œuvre préexistante alors que ces emprunts n'étaient pas identifiés par la partie qui s'en prévalait : Cass. Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, n°99-10.653.

²⁴⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012, Livre 3 : Etude - La preuve, avant-propos p. 93.

²⁴⁸ Intrigue, personnages et style, par exemple, pour un roman, scénario, dialogues, photographie, montage, musique, doublages et sous-titrages pour un film, mélodie, harmonie, rythme pour une œuvre musicale auxquels s'ajoutent les textes lorsqu'il s'agit de chansons ou d'opéras.

commerce, avait contribué à la naissance de l'obligation, imposée au demandeur, de caractériser l'originalité.

Cette obligation probatoire, qui complique et renchérit l'introduction du procès en contrefaçon, se veut en effet dissuasive à l'égard des **produits de consommation de masse** dont la protection est trop souvent recherchée au titre du droit d'auteur, quand bien même elle ne se justifie pas, surtout pour une durée aussi longue.

Par conséquent, la perspective d'un allègement du fardeau probatoire du demandeur fait naître la crainte, en détruisant la digue qui protégerait la délimitation du monopole, d'une protection trop vaste au risque d'un dévoiement du droit d'auteur et, finalement, d'un affaiblissement de celui-ci.

Le problème est en fait celui qui découle du cumul de protection dont bénéficient les dessins et modèles.

Dans l'affaire *Cofemel*, soumise à la CJUE²⁴⁹ l'Avocat Général M. Szpunar avait pointé que ce cumul générait le risque d'une "inflation de la protection par le droit d'auteur", accordée pour une durée "pratiquement infinie au regard de l'utilité d'un dessin ou modèle pour son propriétaire".

Il soulignait les "effets négatifs" susceptibles d'en résulter :

"la dévaluation du droit d'auteur, sollicité pour protéger des créations en fait banales, l'entrave à la concurrence du fait de la durée excessive de la protection ou encore l'insécurité juridique, en ce que les concurrents ne sont pas en mesure de prévoir si un dessin ou modèle dont la protection sui generis a expiré n'est pas également protégé par le droit d'auteur" (conclusions, point 52).

Il considérait cependant que ces effets pouvaient être évités par une "application rigoureuse du droit d'auteur" :

"Il me semble pourtant qu'une application rigoureuse du droit d'auteur par les juridictions nationales serait susceptible de remédier dans une large mesure aux inconvénients résultant du cumul de ce type de protection. En effet, il s'agit non pas d'étendre, par le biais du droit d'auteur, la protection conférée aux dessins et modèles jusqu'à soixante-dix ans après la mort de l'auteur, mais de réaliser à l'égard des œuvres des arts appliqués les objectifs spécifiques du droit d'auteur à l'aide des dispositifs qui lui sont propres" (point 54).

Et l'Avocat Général de conclure : "*il suffit d'appliquer à la lettre le critère de la création intellectuelle propre à son auteur*" (point 57).

En d'autres termes, l'application des critères de protection du droit d'auteur est suffisante pour garantir ses frontières.

Cette conclusion est ici parfaitement transposable.

²⁴⁹ CJUE 2 mai 2019, *Cofemel*, C-683/17.

En effet, la question probatoire n'apparaît pas déterminante au regard des dessins et modèles du fait que :

- les objets sont relativement simples,
- les éléments sur lesquels peut porter la protection sont limités,
- et les litiges portent rarement sur un nombre important de modèles.

Il est ainsi relativement aisé de justifier ou de contester l'originalité sans que cela représente un investissement par trop chronophage et coûteux et, par conséquent, un enjeu procédural.

Il en résulte que c'est exclusivement le juge qui, par le degré d'exigence requis dans l'appréciation de l'originalité, délimitera le champ de la protection.

Ainsi, même si l'originalité devait être présumée, il serait assez simple pour le défendeur de la contredire et pour le juge de l'écarter, s'il considère que la condition n'est pas réunie.

En revanche, le système produit à l'égard des œuvres non techniques et non utilitaires des effets néfastes bien réels, qui ont été décrits ci-dessus.

Il est, dans ces conditions, **paradoxal** que, **pour un bénéfice réduit ou à tout le moins discutable s'agissant de limiter l'accès à la protection des "produits de consommation de masse", l'institution de la charge probatoire de l'originalité vienne affaiblir de facto la protection accordée aux œuvres pour lesquelles elle a été instaurée.**

3 - La discordance avec le droit de l'union

3.1 - La méconnaissance de l'objectif d'assurer un niveau de protection élevé

La directive 2001/29, qui édicte, en quelque sorte, le droit commun du droit d'auteur harmonisé, poursuit l'objectif d'un "**niveau de protection élevé**" des droits de propriété intellectuelle considérés comme "**essentiels à la création intellectuelle**" et dont la "**protection contribue au maintien et au développement de la créativité**" dans l'Union.

Cet objectif est énoncé considérants 4, 9 et 10 aux termes desquels :

"(4) Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et **en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle**, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices [...]";

"(9) Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins **doit se fonder sur un niveau de protection élevé**, car ces **droits sont essentiels à la création intellectuelle**. Leur protection contribue au **maintien et au développement de la créativité** dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété."

"(10) Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail. L'investissement nécessaire pour créer des produits, tels que des phonogrammes, des films ou des produits multimédias, et des services tels que les services à la demande, est considérable. **Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire** pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement."

Ce haut niveau de protection ne peut être assuré sans **sanction appropriée des atteintes portées** aux droits ainsi protégés, le considérant 58 de la directive précisant à cet égard que de telles sanctions doivent être "*efficaces, proportionnées et dissuasives*"²⁵⁰.

Ces sanctions font notamment l'objet de la **directive 2004/29**, "relative au respect des droits de propriété intellectuelle", qui poursuit également l'objectif d'assurer un niveau de protection élevé ainsi que le mentionne son considérant 10.

L'article 3 de cette directive impose aux Etats membres l'obligation de prévoir les "*mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle*", lesquelles :

"doivent être loyales et équitables" et *"ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses"* (art. 3 par. 1),

et *"doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives"* (art. 3 par. 2)²⁵¹.

Ce texte fait écho à l'article 41 de l'accord sur les ADPIC²⁵² auquel sont partie les États membres ainsi que l'Union européenne.

Or, le système qui prévaut en France, tel que décrit ci-dessus :

- **n'apparaît pas loyal et équitable lorsqu'il fait reposer sur le demandeur la charge probatoire de l'originalité, y compris lorsqu'elle n'est pas contestée en défense (jurisprudence en région), ou sans requérir du défendeur quelque exigence que ce soit quant au sérieux et à la motivation de la contestation (jurisprudence parisienne). Il s'agit au contraire, ainsi qu'il a été relevé pendant les auditions, d'une "prime à la mauvaise foi" qui encourage systématiquement le défendeur à contester l'originalité pour espérer échapper à la sanction ;**
- **est à l'évidence complexe et coûteux et ne permet d'agir qu'aux titulaires de droits les plus fortunés qui pourront seuls assumer le coût d'une démonstration d'originalité dès lors que le nombre d'œuvres en cause sera conséquent ;**
- **dissuade bien davantage les titulaires de droits d'agir qu'il ne dissuade les contrefacteurs de porter atteintes à leurs droits.**

²⁵⁰ "(58) Les États membres doivent prévoir des sanctions et des voies de recours efficaces contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive. Ils prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que ces sanctions et voies de recours soient appliquées. Les sanctions prévues sont efficaces, proportionnées et dissuasives et doivent comprendre la possibilité de demander des dommages et intérêts et/ou une ordonnance sur requête et, le cas échéant, la saisie du matériel ayant servi à commettre l'infraction."

²⁵¹ "Article 3

Obligation générale

1. Les États membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par la présente directive. Ces mesures, procédures et réparations doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés.

2. Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif."

²⁵² "Article 41

1. [...]

2. Les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle seront loyales et équitables. Elles ne seront pas inutilement complexes ou coûteuses ; elles ne comporteront pas de délais déraisonnables ni n'entraîneront de retards injustifiés."

L'exigence probatoire d'originalité imposée systématiquement au demandeur peut être ainsi considérée comme **une exigence inadaptée à la protection efficace des droits d'auteur, impropre à satisfaire pleinement l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection de ces droits.**

3.2 - L'atteinte au droit au procès équitable

Dans les hypothèses de reprise intégrale et à l'identique - quasi systématiques dans les contrefaçons de masse - dès lors que le nombre d'œuvres contrefaites dépassera la cinquantaine, voire la dizaine pour certains types d'œuvres²⁵³, la preuve de l'originalité deviendra concrètement impossible, sauf à engager des frais prohibitifs totalement hors de proportion avec les enjeux du litige.

On peut se demander si cette preuve impossible à rapporter, que le droit processuel qualifie de "**preuve diabolique**", ne constitue pas une **atteinte au droit au procès équitable** consacré par l'**article 6.1 de la CEDH**²⁵⁴.

Le premier aspect du droit au procès équitable est le **droit d'accès à un tribunal**, qui doit être "**concret et effectif**" (Bellet c. France, § 38 ; Zubac c. Croatie [GC], §§ 76-79)²⁵⁵.

Ce caractère concret et effectif du droit d'accès à un tribunal peut être précisément affecté :

- par le **coût prohibitif de la procédure** au regard de la capacité financière du justiciable et, notamment, par des frais de procédure trop élevés²⁵⁶ ;
- ou par des questions de **preuve**, lorsque les **exigences** quant à l'établissement d'une preuve sont **excessivement rigides**²⁵⁷.

Selon la doctrine processualiste, "*il est possible d'analyser la preuve diabolique comme un mécanisme faisant échec au droit à la preuve, et donc au procès équitable*"²⁵⁸.

Un autre aspect du droit au procès équitable est le principe de "**l'égalité des armes**", qui s'entend d'un "*juste équilibre*" entre les parties.

L'égalité des armes implique "*l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*"²⁵⁹.

²⁵³ En raison notamment de leur volume (œuvres littéraires) ou de leur durée, de leur caractère complexe mêlant des contributions relevant de plusieurs natures (œuvres audiovisuelles, incluant les jeux vidéo), ou encore de l'expertise requise par la démonstration (œuvres musicales).

²⁵⁴ "1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. (...)".

²⁵⁵ Sur l'ensemble de la question, v. *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* établi par le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme, 2020, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf, dont sont tirés les exemples et les références jurisprudentielles mentionnées.

²⁵⁶ Kreuz c. Pologne, §§ 60-67 ; Podbielski et PPU Polpure c. Pologne, §§ 65-66 ; Weissman et autres c. Roumanie, § 42 ; Georgel et Georgeta Stoicescu c. Roumanie, §§ 69-70.

²⁵⁷ Tence c. Slovénie, §§ 35-38.

²⁵⁸ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., n°176, p. 175.

Or, il a été mentionné ci-dessus, d'une manière générale, que le fait de faire peser la démonstration sur le seul demandeur, y compris en l'absence de contestation du défendeur (jurisprudence des juridictions de région) ou sans exiger que cette contestation soit sérieuse et argumentée (jurisprudence des juridictions parisiennes), ne semblait pas équitable.

Il en est d'autant plus ainsi en cas de "preuve diabolique".

D'aucuns pourraient répondre qu'il ne serait pas plus équitable, dans un tel cas de figure, de faire peser la preuve de l'absence d'originalité sur le défendeur.

Cette objection ne paraît toutefois pas convaincante.

En premier lieu, il a été rappelé que, sur le terrain de la **titularité des droits**, face aux contestations systématiques des contrefacteurs et à la difficulté, pour les personnes morales, d'établir l'existence d'œuvres collectives, la Cour de cassation n'avait pas hésité à instituer une **présomption prétorienne**.

Celle-ci, fondée tout à la fois sur cette difficulté probatoire et sur la vraisemblance créée par l'exploitation paisible et non équivoque sous le nom de la personne morale, répondait à l'évidence au souci de rétablir un équilibre procédural entre les titulaires de droits et les contrefacteurs, en évitant que ces derniers ne tirent profit de contestations élevées de mauvaise foi.

De ce point de vue, le problème de la contestation de l'originalité se pose en des termes très similaires et justifierait, par conséquent, une même réponse.

Dans les deux cas, au surplus, il s'agit pour un justiciable d'établir sa qualité à agir puisque, en ce qui concerne l'originalité, si celle-ci n'existe pas, ledit justiciable n'aura pas de droit à faire valoir et sera donc dépourvu de qualité à agir, tout comme le demandeur défaillant à prouver sa qualité de titulaire de droits.

En second lieu, il a également été rappelé que le défendeur a **pris le risque** d'exploiter massivement les œuvres **en les considérant dépourvues d'originalité**. Il est donc justifié qu'il en **assume les conséquences** en pointant les œuvres qui, selon lui seraient banales et en justifiant cette appréciation.

Ce "renversement", par rapport à la jurisprudence actuelle, peut apparaître comme participant d'une **bonne administration de la justice**.

En effet, il est assez peu probable, tout au moins lorsqu'il s'agit d'œuvre non techniques et non utilitaires, que le défendeur puisse de bonne foi contester l'originalité de toutes les œuvres. Sa tâche, consistant à établir l'absence d'originalité, sera donc limitée à celles qu'il considère banales.

Le demandeur est ainsi astreint à démontrer l'originalité de toutes les œuvres - preuve impossible à rapporter - lorsqu'une inversion de la charge ne conduirait le défendeur à caractériser la banalité que de certaines d'entre elles, ce qui permettrait en outre de circonscrire le débat à ce qui est utile.

Une réflexion doit par conséquent être menée sur les pistes d'un possible rééquilibrage.

²⁵⁹ *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc. n°347, qui cite à l'appui les décisions suivantes : Regner c. République tchèque [GC], § 146 ; Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, § 33.

PARTIE III - LES PISTES D'UN REEQUILIBRAGE

Il résulte des constatations effectuées au cours de la mission que la situation actuelle ne peut perdurer sans mettre à mal la protection des œuvres pour lesquelles celle-ci a précisément été instaurée, à savoir les œuvres créées dans une intention exclusivement artistique et qui se distinguent, par là-même, de celles qui ne partagent que partiellement ou accessoirement ce dessein : les œuvres techniques et utilitaires.

La finalité des préconisations exposées ci-après est étrangère à l'appréciation du degré d'exigence requis pour juger de l'originalité, qui seul détermine le champ du monopole.

L'objectif est bien plus modeste, mais néanmoins substantiel : il s'agit de **réinstaurer la bonne foi au cœur du débat sur l'originalité**, afin de le cantonner aux hypothèses qui le justifient, en évitant les contestations systématiques et dilatoires.

L'instauration de l'originalité comme objet probatoire à la charge du demandeur à l'action en contrefaçon est, ainsi qu'il a été rappelé, le fruit d'une évolution jurisprudentielle qui s'est produite il y a une quinzaine d'années.

Il apparaîtrait donc cohérent de laisser à la jurisprudence le soin d'évoluer à nouveau pour en corriger d'elle-même les effets négatifs.

Elle dispose des moyens pour ce faire, à droit constant, et l'on se permettra de suggérer des solutions en ce sens (1).

Une telle évolution reste cependant, par hypothèse, incertaine, tant en termes de probabilité que de délais, en sorte qu'une intervention législative pourra sembler préférable à l'effet de réconcilier les auteurs et leurs ayants droit avec les actions judiciaires permettant d'assurer efficacement le respect de leurs droits (2).

1 - Suggestions en faveur d'une évolution jurisprudentielle

1.1 - Assouplissement de l'exigence d'une démonstration œuvre par œuvre

Ainsi qu'il a été rappelé, l'obligation, pour le demandeur, de caractériser l'originalité de chaque œuvre revendiquée trouve son origine dans l'exigence, posée par la Cour de cassation à l'égard des juridictions du fond, d'apprécier l'originalité œuvre par œuvre et non de manière globale.

Il convient toutefois de préciser que plusieurs arrêts, dont le plus récent, en date du 21 octobre 2020, émane de la 1^{ère} Chambre civile, admettent que les juges du fond puissent porter leur appréciation, en "*regroupant, au besoin, [les œuvres] en fonction de leurs caractéristiques communes*"²⁶⁰.

Les juges du fond ne semblent pas utiliser pleinement cette possibilité, craignant sans doute d'être censurés. Le fait qu'elle vienne d'être réaffirmée par la 1^{ère} Chambre civile paraît cependant la sécuriser.

Une telle ouverture mériterait d'être répercutée par les juridictions du fond à l'égard du demandeur à l'action, ce qui constituerait à l'évidence un **progrès aisément transposable**.

²⁶⁰ Cass. com., 12 juin 2007, n°05-17349 ; Cass. Civ.1^{ère}., 11 mai 2017, n° 15-29.374 ; Cass. Civ.1^{ère}., 21 octobre 2020, n° 19-16.193.

Le progrès serait d'autant plus sensible si cette catégorisation des œuvres en fonction de caractéristiques communes était appréciée avec souplesse, tant par la Cour de cassation à l'égard des juridictions du fond que par ces dernières à l'égard des plaideurs.

On a pu, cela étant, s'interroger sur le sens de l'exigence posée par la Cour de cassation : s'agit-il seulement, pour les juges du fond, d'**examiner** l'originalité de chaque œuvre revendiquée **ou**, également, de **consacrer une motivation spécifique** et détaillée à chacune d'elles ?

La seconde interprétation pourrait sembler plus logique. La nécessité pour les juges du fond d'examiner l'originalité de chaque œuvre paraît, en effet, aller de soi sans nécessiter un rappel de la Cour suprême. Par ailleurs, si celle-ci entend contrôler qu'il a bien été procédé à un tel examen œuvre par œuvre, comment pourrait-elle s'en assurer en l'absence de motivation spécifique à chaque œuvre ?

Un arrêt remarqué de la Chambre commerciale du 5 avril 2018²⁶¹, rendu dans une affaire qui portait sur l'originalité de **8 879 photographies** extraites de catalogues de maisons de vente aux enchères, a pu laisser penser le contraire.

Le pourvoi reprochait en effet à l'arrêt d'appel de s'être livré "*à une **appréciation globale** [...], sans procéder à un examen détaillé, photographie par photographie, de leurs caractéristiques propres afin de préciser en quoi chacune d'entre elles porterait l'empreinte de la personnalité de son auteur*".

De fait, la motivation de l'arrêt d'appel²⁶², par laquelle les juges du fond concluaient "*qu'il se dégage ainsi des 8 879 photographies revendiquées par M. Stéphane B. une recherche traduisant un parti pris esthétique empreint de la personnalité de son auteur*", était bien commune à l'ensemble des clichés en cause.

La Cour de cassation ne l'a pas pour autant censurée.

A la différence des arrêts ayant régulièrement réaffirmé la nécessité de "*rechercher si et en quoi chacune des [œuvres], dont la protection était sollicitée, résultait d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leur auteur*"²⁶³, la haute juridiction juge ici que :

"en procédant à l'examen de chacune des photographies en cause [...] la cour d'appel a ainsi identifié la combinaison des caractéristiques, communes à ces œuvres, qui traduisait un parti pris esthétique empreint de la personnalité de l'auteur" et "a par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision".

Ainsi, après un examen de chaque photographie, la Cour d'appel avait pu en dégager les caractéristiques originales communes, pour répondre d'un même motif sur l'ensemble.

Cet arrêt avait un précédent, datant de 2007²⁶⁴, publié au Bulletin. Dans une affaire portant sur une dizaine de modèles de lunettes, la Chambre commerciale avait considéré qu'en exprimant une "*conclusion commune*" à l'ensemble des modèles concernés, la Cour d'appel n'avait pas "*procédé à un examen global, ni statué sur un motif général*", en sorte que le moyen n'était pas fondé.

²⁶¹ Cass. com., 5 avr. 2018, n°13-21.001, *Briolant, Camard et associés / Artprice*.

²⁶² CA Paris Pôle 5, ch. 1, 26 juin 2013, n°10/24329.

²⁶³ Cass. crim. 4 nov. 2008, n°08-81.955 ; Cass. crim. 30 juin 2009, n°08-83060 ; Cass. soc. 24 avril 2013, n°10-16063 et 10-30676. V. également : Cass. com. 28 janvier 2003, n°00-10657 "*en se déterminant ainsi, sans rechercher pour chaque modèle si les éléments argués de contrefaçon revêtaient un caractère original*" ; Cass. civ. 1^{ère} 11 mai 2017, n°15-29374 "*sans procéder à un examen distinct des photographies entre elles et sans apprécier leur originalité respective*".

²⁶⁴ Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349, Bull. 2007, IV, n°159.

En définitive, la jurisprudence de la Cour de cassation semble exprimer trois tendances :

- une tendance "stricte", prescrivant sans nuance un examen - et, on le suppose, bien que cela ne soit jamais exprimé, une motivation - œuvre par œuvre²⁶⁵,
- une tendance "intermédiaire", permettant de regrouper les œuvres en fonction de leurs caractéristiques communes ²⁶⁶,
- et une tendance "libérale", admettant une conclusion unique à partir des caractéristiques communes identifiées pour l'ensemble des œuvres²⁶⁷.

Encore qu'on puisse considérer que les deux dernières tendances se confondent, auquel cas les juges du fond, après avoir procédé à un examen de chaque œuvre, pourraient dégager leurs caractéristiques communes permettant de les regrouper en un unique ensemble, celui-ci faisant seul l'objet de la motivation d'originalité.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du 21 octobre 2020, la Cour d'appel s'était abstenue de toute motivation pour retenir, à l'inverse du Tribunal, l'originalité des **268** photographies de roses en cause (peut-être à raison de leur nombre), se contentant d'apprécier la marge de liberté du photographe par rapport aux instructions reçues, ce qui touchait davantage à sa qualité d'auteur²⁶⁸.

L'arrêt d'appel ne pouvait donc être "sauvé" par une appréciation libérale évitant une motivation sur chacune des **268** photographies.

Une telle motivation eût à l'évidence été impossible, comme l'exprimait le Professeur Lucas à l'égard de l'arrêt de la Chambre sociale du 24 avril 2013 (appartenant à la tendance "stricte") :

*"Sur un plan quantitatif, on imagine la taille des dossiers que devront analyser les juges et la longueur des décisions qu'ils seront amenés à rendre. **46 photographies, c'est déjà beaucoup.** Avec les **milliers de photographies** comprises dans le fonds de l'AFP [...], la tâche devient **réellement impossible.***

Au-delà, on se demande comment les juges du fond pourront, sans aligner les formules stéréotypées, argumenter concrètement, comme il leur est demandé, sur les différents choix opérés dans chaque cas par le photographe. Seront-ils admis à développer une argumentation commune à plusieurs photographies procédant de la même veine, à condition de les individualiser précisément ou devront-ils reprendre l'intégralité du raisonnement pour chacune de celles dont la protection est demandée ? Dans la seconde hypothèse, l'artifice serait patent et les jugements et arrêts deviendraient particulièrement indigestes.

On souhaitera donc que la Cour de cassation en reste à un contrôle plus léger²⁶⁹.

Il serait donc souhaitable que la Cour de cassation, à défaut d'en revenir à un contrôle plus léger comme l'y invitait le Professeur Lucas, clarifie à tout le moins sa jurisprudence en

²⁶⁵ Cass. com. 28 janvier 2003, n°00-10657 ; Cass. soc. 24 avril 2013, n°10-16063 et 10-30676.

²⁶⁶ Cass. com., 12 juin 2007, n°05-17349 ; Cass. Civ.1^{ère}., 11 mai 2017, n° 15-29.374 ; Cass. Civ.1^{ère}., 21 octobre 2020, n° 19-16.193.

²⁶⁷ Cass. com., 12 juin 2007, n°05-17349 ; Cass. com., 5 avr. 2018, n°13-21.001.

²⁶⁸ CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 21 févr. 2019, n° 16/00083 : *"Les roses photographiées par Monsieur X sont des éléments utilitaires puisque destinées à figurer dans les catalogues des sociétés [...]. Cependant l'intéressé bénéficiait d'une grande liberté d'action quant à ses choix artistiques même s'il a reçu des directives techniques de ces sociétés, et a toujours disposé d'une grande marge de manœuvre pour réaliser ses photographies (liberté et créativité pour les prises de vues, choix du sujet et du moment, choix du type de fichier utilisé, détermination de l'angle et du cadrage, préparation de la mise en scène, réglage de la lumière, sélection et correction des images, angle de prise de vue, mise en scène et atmosphère)".*

²⁶⁹ A. Lucas, Propriétés Intellectuelles avr. 2013, n°47 p. 287.

abandonnant nettement la tendance "stricte" mentionnée ci-dessus, et en ouvrant plus clairement la voie aux juges du fond afin que ceux-ci, à tout le moins dans les affaires concernant de nombreuses œuvres puissent, sans crainte d'être censurés, concentrer la motivation de leurs décisions sur les caractéristiques communes (appréciées largement) à l'ensemble des œuvres en cause.

Les juridictions du fond pourraient alors elles-mêmes alléger à leur tour la charge probatoire pesant sur les justiciables.

Un arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 8 sept 2015²⁷⁰, portant sur **89 lettres** inédites **d'Albert Camus à Blanche Balain**, avait habilement trouvé le moyen d'un tel allègement, en approuvant l'héritière de l'écrivain d'avoir revendiqué l'originalité pour **l'ensemble** constitué par ces lettres, **et non pour chacune d'elles** en particulier :

"Considérant que l'originalité de la correspondance étant revendiquée pour les 89 lettres dans leur globalité, il ne saurait être valablement reproché à Mme C. de ne pas s'être livrée à sa démonstration exhaustive lettre par lettre ; que, pour cette même raison, la méthode utilisée par MM. G.-R. et M. E. (auteurs des attestations produites par Mme C.) pour leur analyse, consistant, après avoir pris connaissance de l'intégralité des 89 lettres, à en extraire une sélection parmi les plus significatives, n'est pas utilement critiquée".

Le cas d'espèce, il est vrai, s'y prêtait.

Dans le cas d'une parenté moins forte entre les œuvres, à tout le moins est-il indispensable de pouvoir fonctionner par catégorie d'œuvres présentant des caractéristiques communes.

1.2 - Application des principes du droit de la preuve

Le droit de la preuve invite, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus (2.1.2), à faire varier la charge de la preuve selon les situations de fait en fonction des deux critères principaux que sont la vraisemblance et l'aptitude à la preuve.

Ces principes méritent d'être transposés au débat sur l'originalité.

En effet, la matière se caractérise par la très grande diversité des situations soumises au juge, selon la nature des œuvres en cause, l'ampleur quantitative de la contrefaçon, le type de contrefaçon (plagiat ou reprise intégrale), etc.

Or, ces situations différentes n'appellent pas nécessairement la même solution **en termes de charge de la preuve** (question totalement différente, faut-il le préciser, de celle des conditions d'accès à la protection). C'est l'enseignement de bon sens qui résulte du droit de la preuve.

Si, dans un certain nombre de cas, il paraît raisonnable d'imputer au demandeur d'établir l'originalité alléguée dès lors qu'elle serait contestée, dans d'autres, lorsque l'originalité apparaît vraisemblable, il semble au contraire légitime d'imputer la démonstration au défendeur qui la conteste.

Comme indiqué ci-dessus, l'avantage d'une telle "dynamique" de la preuve, qui en fait peser la charge, selon les cas, sur l'une ou l'autre des parties, est de **circonscrire les contestations** en limitant celles formées de mauvaise foi.

²⁷⁰ CA Paris Pôle 5, ch. 1, 8 sept 2015, n°14/07255, préc. note 266.

On donnera ci-après des exemples, tirés de la jurisprudence, de circonstances rendant l'originalité vraisemblable et justifiant à ce titre de faire peser sur le défendeur, **qui lutte contre les apparences**, la preuve de l'absence d'originalité (1.2.1).

On précisera dans un deuxième temps le rôle que pourrait jouer à cet égard le Juge de la Mise en Etat (1.2.2).

1.2.1 - Exemples de situations rendant l'originalité vraisemblable

1.2.1.1 - La conclusion d'un contrat d'autorisation ou de cession de droits

La vraisemblance peut, dans certains cas, résulter d'un contrat. Par exemple, le cessionnaire des droits, après avoir exploité l'œuvre et versé des droits d'auteurs, prétendra soudainement, une fois le contrat échu, ou à l'occasion d'une exploitation hors périmètre contractuel, qu'il serait libre d'exploiter l'œuvre du fait de son absence d'originalité.

Cette hypothèse n'a rien d'un cas d'école et la jurisprudence en fournit des exemples.

Une affaire, jugée par la **Cour d'appel de Paris le 9 juin 2009**²⁷¹, est assez emblématique à cet égard. Elle concernait des milliers de clichés pris par des photographes salariés de l'AFP qui lui en avaient cédé les droits. L'agence de presse les avait exploités pendant des années, avant de prétendre, pour faire obstacle à l'action des photographes qui soutenaient n'avoir pas cédé leurs droits pour des exploitations numériques, que ces derniers ne faisaient pas la preuve, photo par photo, de l'originalité de leurs œuvres.

La Cour a rejeté cette prétention considérant que, puisque l'AFP avait tenu pour originales les photographies dont elle s'était fait céder les droits, cette **originalité devait être présumée** :

"Considérant en premier lieu qu'en prévoyant dans les contrats de travail l'existence d'une clause de cession de droits d'auteurs dont elle revendique l'application dans toute sa généralité, l'AFP a considéré que les photographies de ses salariés auteurs bénéficient d'une présomption d'originalité sans distinction ; que cette présomption s'impose d'autant plus qu'elle porte, pour la plupart des intéressés, sur quelques milliers de photographies qui ont rejoint le fond photographique de l'AFP et qu'elle-même s'attache, vis à vis des tiers, à défendre les droits d'auteurs qu'elle tire de cette clause, sans distinction entre les œuvres ; que le moyen de l'AFP tiré de l'absence de preuve de l'originalité des photographies, œuvre par œuvre, ou de leur absence de production dans le débat, est inopérant".

Dans une autre affaire, déjà évoquée ci-dessus, jugée par la **Cour d'appel de Paris le 19 juin 2020**²⁷², un éditeur avait publié un ouvrage portant sur les monuments architecturaux de Paris, reproduisant 48 photographies dans le cadre d'un contrat conclu avec l'auteure pour une durée déterminée.

Après l'échéance du contrat, l'ouvrage avait été réédité à deux reprises à l'insu de la photographe. Dans le cadre du procès engagé par celle-ci, l'éditeur a contesté l'originalité des photos en se contentant de produire les résultats d'une recherche Google faisant apparaître, en "format timbre-poste" comme le précise l'arrêt, d'autres photographies des mêmes monuments sans effectuer la moindre comparaison avec les clichés en cause.

²⁷¹ CA Paris, 9 juin 2009, n°07/02345.

²⁷² CA Paris, pôle 5 - ch. 2, 19 juin 2020, n° 19/02523.

Dans un tel cas de figure, il eût été légitime, en vertu du principe de vraisemblance, de mettre à la charge de l'éditeur la démonstration de l'absence d'originalité. De la même manière que dans l'affaire concernant l'AFP, il était en effet vraisemblable que l'éditeur, qui s'était fait céder les droits afférents aux photos pour une certaine durée, avait publié lesdites photos, avait rémunéré la photographe en droits d'auteur, puis avait encore réédité l'ouvrage, avait tenu les photographies pour originales en sorte qu'il n'était pas illégitime de lui demander d'expliquer pourquoi il avait soudainement changé d'avis.

Cette voie n'a cependant pas été utilisée. La photographe s'est astreinte à expliciter l'originalité de chacune de ses 48 photos, pour voir le Tribunal lui donner tort avant que la Cour n'infirmé le jugement.

Dans une autre affaire jugée par la **Cour d'appel de Nancy le 4 mars 2019**²⁷³, un conseil général avait commandé un reportage photographique dont il avait acquis les droits d'exploitation moyennant le versement de droits d'auteurs. Là encore, il n'eût pas été illégitime, en application du principe de vraisemblance, de considérer qu'il appartenait au conseil général d'expliquer pourquoi, après l'échéance du contrat, il considérait finalement les photos qui en étaient l'objet comme dénuées d'originalité.

La Cour a pourtant considéré que "*la référence aux dispositions contractuelles [était] insuffisante pour établir l'originalité des clichés*" et que "*De même, le fait que la personne publique ait payé le prix sans émettre de réserve n'emporte que la conformité des clichés à sa commande mais ne leur confère pas la qualification d'œuvre de l'esprit.*"

Bien sûr, il n'était pas question de considérer que l'originalité puisse découler des termes du contrat puisque le juge n'est pas lié par la qualification donnée par les parties.

En revanche, il paraît légitime de considérer que le contrat crée une apparence à laquelle les parties ont entendu donner foi, en sorte qu'il appartient à celle qui la remet en cause de prouver que cette apparence ne correspond pas à la réalité.

En d'autres termes, parce que les parties ont conclu un contrat de cession de droits d'auteurs ou d'autorisation d'exploitation de droits détenus par l'une d'elles, l'originalité de l'œuvre sur laquelle porte le contrat, même si elle ne résulte pas de celui-ci, **apparaît vraisemblable et cette vraisemblance commande d'attribuer à celui qui la conteste la charge et le risque de prouver son allégation.**

1.2.1.2 - La mise en exergue par l'exploitant de la valeur artistique de l'œuvre

L'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 8 septembre 2015²⁷⁴ concernant la **correspondance d'Albert Camus** fournit un autre exemple de circonstances rendant l'originalité vraisemblable.

Un commissaire-priseur avait, en vue de leur vente, publié dans un catalogue, accessible et téléchargeable en ligne sur plusieurs sites, **quatre-vingt-neuf lettres inédites d'Albert** adressées à la comédienne et femme de lettres Blanche Balain, qui fut un temps sa maîtresse puis demeura son amie fidèle.

Cette correspondance était, dans le catalogue litigieux, annoncée comme une "*précieuse et exceptionnelle correspondance de 89 lettres inédites d'Albert Camus*" et présentée comme suit :

"Tout au long de cette correspondance Camus se confie à elle librement, sans contrainte, sans retenue, révélant ainsi, sous un jour inconnu, sa vie, son œuvre. Nous le découvrons au fil des

²⁷³ CA Nancy, 1^{re} ch., 4 mars 2019, n° 17/02968.

²⁷⁴ CA Paris, 8 sept. 2015, n° 14/07255.

ans, intime et détendu, révolté, parlant de lui, de ses idées, de la guerre, et surtout de son 'travail' d'écrivain. Nous y découvrons l'homme qui se veut sans attaches, sans liens définitifs, brisant toutes chaînes excessives pour ne se consacrer qu'à ses convictions les plus profondes".

Le commissaire-priseur, pour résister à l'action en violation du droit de divulgation engagée par l'héritière de l'écrivain, n'en avait pas moins soutenu que celle-ci échouait "à rapporter la preuve de l'originalité de chacune des lettres litigieuses".

Ici, la simple présentation des lettres dans le catalogue litigieux rendait vraisemblable leur originalité, ce qui eût justifié que le défendeur supporte la charge et le risque de la démonstration inverse.

Cette possibilité n'a pas été exploitée (la démonstration ayant cependant été facilitée par la possibilité, admise par la Cour, de considérer la correspondance en cause comme un ensemble sur lequel devait seule porter la démonstration).

1.2.1.3 - La notoriété de l'œuvre et/ou de son auteur

Dans la même affaire, la Cour, pour conforter son appréciation conduisant à admettre l'évidente originalité des lettres en cause, a mentionné un autre élément rendant l'originalité vraisemblable : **l'identité de l'auteur** et de la destinataire des lettres :

"Considérant que, si elle est insuffisante à établir l'originalité de cette correspondance, l'identité de ses protagonistes ne peut être ignorée : d'un côté, son auteur, l'écrivain confirmé Albert Camus, et de l'autre, sa destinataire, Blanche Balain, présentée dans le catalogue de vente de la société Brissonneau comme poétesse, actrice à Alger dans le 'Théâtre de l'Equipe' que l'écrivain anima de 1937 à 1939, et fut quelque temps sa maîtresse, puis une amie fidèle jusqu'à sa mort".

Insuffisante, en effet, à établir l'originalité, **cette circonstance factuelle eût en revanche suffit à placer le fardeau et le risque de la preuve du côté du défendeur.**

D'autres décisions ont relevé, également à titre d'élément confortant l'appréciation sans suffire à la motiver, le fait que "*l'importance et la qualité du travail* [du photographe] *étaient aussi reconnues par les revues spécialisées en photographie*"²⁷⁵, ou le "*fait, non contesté et établi par les pièces versées aux débats, que M. X est un photographe reconnu au plan international, notamment pour avoir été le photographe des Rolling Stones, dont les photographies jouissent d'une forte notoriété*"²⁷⁶.

Ces éléments auraient pu être exploités au stade antérieur de la détermination de la charge de la preuve.

La notoriété de l'œuvre, dont peut témoigner son accueil dans des institutions renommées est également de nature à faire présumer l'originalité.

L'ancienne instruction fiscale susvisée du 25 juin 2003 visant à définir les "photographies d'art" bénéficiant du taux de TVA réduit retenait des "indices" parmi lesquels figurait l'exposition des œuvres dans des lieux témoignant de l'intérêt qu'elles suscitaient :

3. *Cela étant, pour les photographies de toute nature, autres que celles mentionnées au II-1, l'intention créatrice de l'auteur résultant des critères déjà énumérés et le caractère d'intérêt pour tout public peuvent être confortés par les indices suivants.*

²⁷⁵ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 17 déc. 2019, n° 17/09695 ("Jeff Koons").

²⁷⁶ CA Paris, Pôle 5 - ch. 1, 13 juin 2017, n° 15/10847 (photographie de Jimi Hendrix).

a) *Le photographe justifie de l'exposition de ses œuvres dans des institutions culturelles* (régionales, nationales ou internationales), *muséales* (musées, expositions temporaires ou permanentes) ou *commerciales* (foires, salons, galeries, etc.), *voire de leur présentation dans des publications spécialisées.*"

Une telle exploitation, en effet, témoigne de l'intérêt du public et de la considération des professionnels du secteur culturel concerné. Elle rend, de ce fait, l'originalité vraisemblable, tant il serait surprenant qu'intérêt et considération puissent être suscités par une œuvre banale.

1.2.1.4 - Le genre de l'œuvre

La **vraisemblance fondée sur le genre** des œuvres en cause, peut paraître, au premier abord, plus délicate à admettre.

Si, en effet, l'originalité d'une symphonie, d'un poème ou d'un tableau seront par exemple difficilement contestables²⁷⁷, d'aucuns objecteront que la distinction par genre serait proscrite par l'article L.112-1 du CPI selon lequel :

"Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination."

Peu importe, selon certains, au motif que, *"en pratique, la question ne se pose pas pour certaines catégories d'œuvres. En effet, dans un litige, chacune des parties sait qu'un roman, une sculpture ou un film cinématographique est original. Dès lors, l'originalité de ces créations n'est même jamais contestée, tant elle semble acquise (même peut-être parfois à tort). C'est pourquoi, pour les créations qui bénéficient d'une forte originalité, force est de constater qu'on en arrive de facto à présumer leur originalité"*²⁷⁸.

Et, quand bien même l'originalité de telles œuvres serait contestée, *"la preuve à la charge du demandeur sera loin d'être insurmontable. Par voie de conséquence, l'admission d'une présomption en pareille hypothèse ne s'impose peut-être pas. Indépendamment du grief qui est parfois formulé à propos du raisonnement en termes de genre qui serait ainsi admis et de la difficulté à trouver la frontière (ou, à tout le moins, les critères) entre ce qui relève véritablement des Beaux-Arts et ce qui n'appartient pas à cette catégorie"*²⁷⁹.

Il est permis de ne pas partager ces réflexions.

En premier lieu, L.112-1 du CPI proscrit une discrimination selon les genres dans **l'admission à la protection**, et **non dans l'attribution du fardeau de la preuve** de l'originalité.

En deuxième lieu, il n'est plus vrai que l'originalité d'œuvres a priori fortement originales n'est que rarement contestée. Ainsi qu'il a déjà été rappelé, la **contestation d'originalité** est, au contraire, désormais **quasi systématique** en défense, **quel que soit le type ou le genre d'œuvres**.

²⁷⁷ V. par ex. C. Caron, Droits d'auteur et droits voisins, Lexis-Nexis, 5ème édition, n°100.

²⁷⁸ C. Caron, "Pour une originalité constatée 'œuvre par œuvre', note sous Cass. crim. , 4 nov. 2008, CCE n°2, févr. 2009, comm. 11.

²⁷⁹ Pierre Sirinelli et Alexandra Bensamoun, "Accès à la protection du droit d'auteur", Chronique de jurisprudence, RIDA n°257, juillet 2018, p. 191.

En troisième lieu, ces contestations se sont précisément multipliées à la faveur des procédures portant sur des **contrefaçons massives** dans lesquelles, même si l'originalité des œuvres en cause est manifeste, la preuve sera de facto impossible à rapporter œuvre par œuvre en raison de leur nombre. C'est d'ailleurs bien pour **exploiter cette impossibilité** que l'originalité est contestée.

Enfin, des **critères objectifs** peuvent être retenus plutôt que de recourir à l'appartenance à la catégorie, en effet discutable - et de surcroît insuffisante - des Beaux-Arts.

Ainsi en est-il, par exemple, de la nature d'**œuvre de fiction** qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mai 2015²⁸⁰ considère comme bénéficiant d'une **présomption quasi irréfragable** d'originalité :

"Considérant [...] que l'ouvrage intitulé 'Les Arcanes Majeurs' écrit par Corinne Morel et qui se présente en trois parties [...] ne peut être classé dans la catégorie des œuvres de fiction, tels un roman ou une pièce de théâtre, et bénéficier d'une présomption quasi irréfragable d'originalité tant l'auteur d'une telle œuvre est conduit à l'imprégner de sa personnalité; que l'ouvrage litigieux s'apparente davantage à une œuvre technique portant, au cas particulier, sur l'étude du tarot".

On rappellera de même l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mars 2016²⁸¹, ayant, dans le cadre d'une action en cessation, posé en ces termes une **présomption d'originalité** pour les **œuvres** audiovisuelles de **fiction** :

"Qu'il s'agit d'œuvres de fiction racontant une histoire (séries télévisées, films cinématographiques), résultat d'une multiplicité de contributions créatives (élaboration du scénario, établissement du script, rédaction des dialogues, mise en scène, construction ou choix des décors, tournage, création d'une bande son, découpage et montage en post-production) faisant par là-même présumer de leur originalité dès lors que celle-ci n'est pas contestée".

De manière plus générale, il ne paraîtrait pas illégitime de considérer comme **vraisemblable l'originalité d'œuvres non techniques et non utilitaires** créées de ce fait dans une **intention exclusivement artistique**.

Le **but poursuivi** rend dans ce cas **vraisemblable** le travail créatif de l'auteur.

1.2.1.5 - Les œuvres inscrites au répertoire d'organismes de gestion collective

Les œuvres admises à figurer aux répertoires des OGC de droit d'auteur sont des œuvres dont les auteurs garantissent l'originalité.

Elles sont inscrites à ces répertoires dans un but de protection permettant que les auteurs soient rémunérés à raison de l'exploitation de leurs œuvres.

Là encore, sous réserve de certains répertoires particuliers²⁸², la vraisemblance plaide pour que les exploitants, qui se dispensent de solliciter une autorisation et de verser des droits, supportent la charge et le risque d'établir l'absence d'originalité.

²⁸⁰ CA Paris Pôle 5 ch. 2, 29 mai 2015, n°13/18038.

²⁸¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 15 mars 2016, n° 14/01359 ; pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2017, n° 16-17.217, publié au bulletin (la question de l'originalité n'était pas en cause devant la Cour de cassation).

La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée en ce sens au sujet d'œuvres inscrites au répertoire de la SACEM²⁸³, ainsi qu'il a été précédemment rappelé.

Cette solution pourrait encore se justifier sur le fondement du critère de l'aptitude à la preuve.

Les OGC seraient en effet bien souvent dans l'incapacité de satisfaire à l'obligation probatoire s'ils devaient en assumer la charge, du fait que nombre de leurs actions sont engagées au titre de l'ensemble de leur répertoire, comportant des milliers d'œuvres incluant, de surcroît, des œuvres d'OGC étrangers, dont ils représentent le répertoire en France.

C'est d'ailleurs en considération de "*difficultés matérielles proches de l'insurmontabilité*" que la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir considéré qu'il n'appartenait pas à un OGC de justifier de l'ensemble de son répertoire, un exploitant étant en revanche "*en mesure d'obtenir*" "*tous renseignements utiles sur les questions précises qu'il peut être amené à se poser*"²⁸⁴.

Les cas de figure envisagés ci-dessus – qui ne sont que des exemples tirés d'affaires jugées – montrent qu'il existe de nombreuses situations dans lesquelles il apparaît légitime de faire supporter au défendeur, qui conteste l'originalité, la charge et le risque de prouver que la réalité ne correspondrait pas à la vraisemblance.

1.2.2 - Le rôle du Juge de la Mise en Etat

Dans le système proposé, la jurisprudence se construira chemin faisant pour établir les typologies de cas dans lesquels la charge de la preuve reposera alternativement sur le demandeur ou le défendeur à l'action en contrefaçon.

Dans l'attente, et en tout état de cause, chacune d'entre elles pourra saisir le Juge de la Mise en Etat (JME) d'un incident visant à ce qu'il invite la partie qui n'aurait pas fait la démonstration d'originalité à conclure en ce sens.

Le JME est habilité à intervenir à cet effet, en vertu de l'**article 782 du Code de procédure civile** qui dispose que :

"Le juge de la mise en état peut inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu, à fournir les explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige et, le cas échéant, à mettre leurs écritures en conformité avec les dispositions de l'article 768".

Ainsi, en pratique, supposons que le demandeur agisse sans caractériser l'originalité dans son assignation et que le défendeur la conteste dans ses conclusions en réponse, sans s'en expliquer davantage.

²⁸² V., refusant d'admettre une présomption d'originalité au sujet de formats de jeux télévisés appartenant au répertoire de la SAJE : TGI Paris, 3^e chambre, 1^{ère} section, 1^{er} juin 2017, n°15/05098. L'absence de formalisation suffisante ainsi que la présomption de cession de l'article L.132-24 du CPI au bénéfice du producteur audiovisuel étaient également opposées à l'action de la SAJE. C'est d'ailleurs exclusivement sur ce dernier terrain que ce sont prononcés l'arrêt confirmatif (CA Paris, pôle 5 - ch. 2, 30 nov. 2018, n° 17/14128) et l'arrêt de rejet de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2020, n° 19-11.532, Publié au bulletin).

²⁸³ V. en dernier lieu, CA Aix-en-Provence, 1^{ère} chambre C, 26 novembre 2009, n°09/01245 et n°09/01330.

²⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ. 3 décembre 1985, trois arrêts : n° 84-13591, 84-13592 et 84-13593.

Si le demandeur considère que l'originalité est vraisemblable, et qu'il incombe par conséquent au défendeur d'établir les raisons pour lesquelles il la conteste, il peut alors saisir le JME pour lui demander d'inviter le défendeur à fournir les explications de fait et de droit justifiant sa contestation d'originalité.

Le JME pourrait tout aussi bien être saisi par le défendeur : s'il conteste l'originalité et considère que la preuve incombe au demandeur il peut demander au JME d'inviter le demandeur à fournir les explications de fait et de droit propres à justifier l'originalité.

Dans les deux cas, le juge appréciera, selon les circonstances, quelle partie doit supporter la charge de la preuve et l'invitera à conclure en conséquence.

On peut s'interroger sur le point de savoir si **l'ensemble du débat sur l'originalité** - et non pas seulement la question de la charge de la preuve - ne pourrait pas relever des pouvoirs du JME.

En effet, aux termes de **l'article 789 6° du code de procédure civile (CPC)**, le JME est seul compétent pour statuer sur les **fins de non-recevoir**. Le texte précise que :

"Lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Toutefois, dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique ou qui ne lui sont pas attribuées, une partie peut s'y opposer. Dans ce cas, et par exception aux dispositions du premier alinéa, le juge de la mise en état renvoie l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Il peut également ordonner ce renvoi s'il l'estime nécessaire."

Aux termes de l'article 122 du même code :

"Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée."

En l'occurrence, l'absence d'originalité aboutit à une irrecevabilité puisque, dépourvu de droit privatif, le demandeur sera privé de qualité à agir.

Mais s'agit-il pour autant d'une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du CPC dans la mesure où, selon ce texte, l'irrecevabilité s'apprécie *"sans examen au fond"* ?

La jurisprudence a répondu par la négative, au motif que *"l'appréciation de l'originalité d'une œuvre de l'esprit au titre de la protection du droit d'auteur relève du débat au fond"*²⁸⁵.

On pourrait toutefois considérer que le débat au fond visé par l'article 122 concerne le fond du litige, soit, s'il s'agit d'un procès en contrefaçon, l'appréciation de la contrefaçon elle-même, et non l'examen de la condition qui fonde l'existence du droit et donc, la qualité à agir.

Peu importe, en tout état de cause, puisque la compétence élargie désormais attribuée au JME l'investit du pouvoir de trancher la question de fond préalable à l'examen de la fin de

²⁸⁵ V. par ex. : CA Paris, pôle 5 - ch. 1, 13 juin 2017, n° 15/10847, *"Considérant cependant que l'appréciation de l'originalité d'une œuvre de l'esprit au titre de la protection du droit d'auteur relève du débat au fond et ne saurait constituer une fin de non-recevoir dont il sera rappelé que, conformément aux dispositions de l'article 122 du code de procédure civile, elle est un 'moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée'"*.

non-recevoir ("*Lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir*").

On pourrait objecter qu'il serait préférable que l'examen - parfois délicat - de l'originalité relève d'une appréciation collégiale et non de celle du seul JME.

Or, précisément, le texte le permet en prévoyant que, sauf dans les affaires relevant du juge unique, une partie peut s'opposer à ce que le JME tranche la question de fond, auquel cas son examen est renvoyé devant la formation de jugement qui statue en lieu et place du JME sans pour autant clore l'instruction.

Il est également prévu que le JME lui-même puisse renvoyer l'examen de la question de fond devant la formation de jugement "*s'il l'estime nécessaire*".

2 - La voie d'une réforme législative

L'intervention d'une évolution jurisprudentielle étant par nature hypothétique, l'impératif de sécurité juridique conduit à privilégier la voie d'une réforme législative.

Deux voies peuvent être envisagées : celle d'une présomption simple d'originalité (2.1) et celle, privilégiée par la mission, d'un partage de la charge probatoire (2.2).

2.1 - L'option d'une présomption simple d'originalité

L'originalité étant, ainsi qu'il a été rappelé, une question de qualification, il pourrait *a priori* paraître surprenant de faire appel à une présomption qui constitue "*un moyen de prouver une réalité supposée mais dont la preuve sera difficile à rapporter*"²⁸⁶.

Pourtant, même si la présomption relève du domaine probatoire, elle ne s'y cantonne pas et le législateur y a fréquemment recours. On parle alors de fiction ou de présomption "qualificative" ou "disqualificative", dont on trouve de nombreux exemples dans tous les domaines du droit²⁸⁷ : en droit civil (par ex. au regard des servitudes), en droit social (présomption de salariat), en droit pénal (liste des infractions constitutives de criminalité organisée), en droit commercial (liste des actes réputés constitutifs d'actes de commerce) et, bien entendu en droit d'auteur (par ex. présomption d'autorat de l'article L. 113-1 ou de coautorat de l'article L. 113-7 du CPI), domaine dans lequel a pu être constatée une certaine "*inflation voire une densification de la « norme présomptive »*"²⁸⁸.

De telles présomptions sont une réponse possible à la difficulté de qualification, en particulier lorsque le critère de rattachement à une catégorie juridique est déficient ou par trop incertain²⁸⁹.

Le critère de l'originalité ne saurait constituer meilleur exemple d'un tel rattachement incertain, en l'occurrence à la catégorie juridique des œuvres protégées.

Il a par ailleurs été montré ci-dessus qu'une telle présomption simple d'originalité se justifiait dans un certain nombre de circonstances dans lesquelles l'originalité est vraisemblable, en

²⁸⁶ Quentin Guiguet-Schiélé, "Les présomptions et fictions (dis)qualificatives", in *Les Affres de la qualification juridique*, ouvrage collectif sous la direction de Marc Nicod, Presses Universitaires de Toulouse 1, 2015, n°25.

²⁸⁷ *Ibid.*, n°26.

²⁸⁸ Christian Kpolo, *Les présomptions en droit de la propriété intellectuelle : analyses à la lumière du droit commun*, thèse de doctorat, Université de Lorraine, mars 2019.

²⁸⁹ Quentin Guiguet-Schiélé, "Les présomptions et fictions (dis)qualificatives", préc. note 283, n°29.

sorte qu'il paraît dans un tel cas raisonnable de demander au défendeur, qui conteste les apparences, d'expliquer en quoi celles-ci ne correspondraient pas à la réalité.

Une partie de la doctrine est en ce sens²⁹⁰.

Une telle présomption simple, valant comme telle sauf preuve contraire, pourrait s'écrire ainsi, par l'ajout des termes "*sauf à ce que soit établie leur absence d'originalité*" à la lettre de l'article L. 112-1 du CPI :

Article L. 112-1 :

"Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination, **sauf à ce que soit établie leur absence d'originalité**".

Une telle solution, qui a l'avantage de la clarté et de la simplicité, aurait cependant l'inconvénient de proposer une réponse unique à une diversité de situations qui n'appellent pas nécessairement la même solution, d'où la préférence de la mission pour une seconde proposition s'orientant vers un partage de la charge probatoire.

2.2 - L'option d'un partage de la charge probatoire

Il a été rappelé à plusieurs reprises que l'objectif recherché dans le cadre de la mission était de rétablir la bonne foi au cœur du procès en contrefaçon en évitant les contestations d'originalité formées de manière systématique et dilatoire, sans éluder pour autant, lorsqu'il y a lieu, le débat sur l'originalité.

Cette approche conduit à une solution mesurée, faisant peser sur chacune des deux parties une part de la charge probatoire²⁹¹.

Cette solution s'écrit ainsi :

Article L. 112-1

"Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit **originales**, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Il appartient à celui qui conteste l'originalité d'une œuvre d'établir que son existence est affectée d'un doute sérieux et, en présence d'une contestation ainsi motivée, à celui qui revendique des droits sur l'œuvre d'identifier ce qui la caractérise."

²⁹⁰ Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11e édition n°757 : "qui prouve quoi ?" : "*Achevons cet énoncé des moyens de défense, en relevant que conformément au droit de la preuve, la charge de démontrer l'absence d'originalité ou l'existence d'antériorités incombera au défendeur/prévenu. De sorte que l'on peut poser une sorte de présomption d'originalité. C'est ce que fait par exemple le règlement du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles (article 85).*

Le contraire reviendrait à obliger le demandeur à une deuxième preuve, outre celle, qu'il doit bien sûr administrer, des ressemblances contrefaisantes : celle de l'originalité de sa propre œuvre, qui est une question distincte. Il y aurait là un renversement de la charge de la preuve et un affaiblissement considérable de la répression. Par ailleurs l'article L. 111 - 1, prévoyant la protection de plein droit, ne va-t-il pas en ce sens ?

Rappelons encore que l'originalité de l'œuvre supposée contrefaite s'appréciera au jour de sa création car c'est à ce moment précis où pourront être fixées les antériorités, l'appartenance au domaine public, etc."

²⁹¹ L'expression "charge probatoire" est ici utilisée par facilité de langage, même si, techniquement, il ne s'agit pas, comme il a été rappelé, d'une question de preuve mais davantage de démonstration destinée à convaincre le juge qui est seul maître de la qualification.

Au premier alinéa, la mention expresse de la condition d'originalité vient combler une lacune.

Il pouvait en effet paraître paradoxal qu'une telle condition indiscutable de la protection, consacrée par la jurisprudence interne comme par celle de l'Union, ne soit pas inscrite dans la loi. La situation s'en trouverait ainsi clarifiée.

Le second alinéa exprime en substance que la contestation du défendeur doit être "qualifiée", en ce sens qu'elle doit être motivée et qu'elle doit conduire à faire naître un doute sérieux sur l'originalité. En d'autres termes, la contestation doit être sérieuse (au sens où on l'entend, par exemple, d'une contestation qui exclut la compétence du juge des référés).

L'objectif est à l'évidence d'éviter les contestations de pure forme animées par la mauvaise foi et l'intention dilatoire.

Lorsque la contestation met ainsi sérieusement en doute l'originalité de l'œuvre revendiquée, il apparaît alors légitime d'exiger du demandeur qu'il s'explique en identifiant les éléments caractérisant, selon lui, cette originalité.

La solution proposée paraît ainsi répondre à l'équilibre recherché.

*

*

*

ANNEXES

Liste des personnes auditionnées**Autorités***Ministère de la Culture*

Sylvie Delfante, Chargée de mission, Bureau des affaires juridiques, Direction générale des patrimoines

Ministère de la Justice

Aurélié Baudon, Magistrate, Cheffe du bureau du droit commercial général (D1), Direction des Affaires Civiles et du Sceau (DACS), sous-direction du droit économique

Flore Colnet, Experte en charge de la Propriété intellectuelle

Stéphanie Robin-Raschel, Cheffe du bureau du droit commercial général (D1), Direction des Affaires Civiles et du Sceau (DACS), sous-direction du droit économique

Conseil supérieur de la Propriété Intellectuelle (CSPLA)

Anne-Elisabeth Crédeville, vice-présidente du CSPLA

Alexandra Bensamoun, professeur des universités, personnalité qualifiée au CSPLA

Institutions*Bibliothèque nationale de France (BnF)*

Harold Codant, Directeur juridique

Institut national de l'audiovisuel (INA)

Jean-François Debarnot, Directeur juridique

Ayants droit et Représentants*ADAGP*

Marie-Anne Ferry-Fall, Directrice générale

Thierry Maillard, Directeur juridique

Collectif "Je défends les auteurs"

Frank Bairamian, auteur

Patricia Brunel, autrice

Corinne Morel, autrice, fondatrice de l'association "En quête de justice" et du collectif "Je défends les auteurs"

DALLOZ

Laurence Ballet, Directrice juridique

FNPS

Laurent Bérard-Quélin, Président

Boris Bizic, Directeur juridique

France Télévisions

Gwendoline Flamant, Directrice juridique adjointe

Hachette Livre

Lore Vialle-Touraille, Responsable juridique propriété intellectuelle et numérique

Madrigall

Yorric Kermarrec, Directeur juridique

M6

Alexis Cathala, Directeur juridique adjoint, Pôle contrats antennes

PROCIREP

Débora Abramowitz, Directrice générale adjointe

SACEM

Gérard Davoust, Président d'honneur

Florence Graveline, DPO & Cheffe du Service juridique - Études

SACD

Hubert Tilliet, Directeur juridique

SAIF

Olivier Brillanceau, Directeur général

SCAM

Nicolas Mazars, Directeur des affaires juridiques et institutionnelles

SEPM

Patrick SERGEANT, avocat au Barreau de Paris

SGDL

Maïa Bensimon, Responsable juridique

Damien Couet-Lannes, Juriste

Ambre Morvan, Juriste

Geoffroy Pelletier, Directeur général

SNAC

Emmanuel de Rengervé, Délégué général

SNE

Léa Bernard, Juriste

Julien Chouraqui, Directeur juridique

SNP

Jorge Alvarez, photographe

TF1

Julie Delormeau, Directrice juridique, Pôle contenus

UPP

Mathieu Baudeau, Vice-Président

Secteur privé/Autres***FFT***

Corentin Durand, Chargé de mission stratégie, prospective et innovation

GFII

Denis Berthault, Président

Avocats*Cabinet Vercken-Gaullier*

Florence Gaullier, avocate au Barreau de Paris

Gilles Vercken, avocat au Barreau de Paris

Realex Avocat

Brad Spitz, avocat au Barreau de Paris

SCP Hémerly, Thomas-Raquin, Le Guerier

Carole Thomas-Raquin, avocate au Conseil d'état et à la Cour de cassation

Les auteurs du rapport remercient Alexandra Rochefort pour son aide précieuse.

Lettre de mission

Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone : 01 40 15 38 73
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique>

Paris, le 23 JUIL. 2016

Maître Josée-Anne Bénazeraf
Madame Valérie Barthez

Chère Maître, chère Madame, *chère Josée-Anne, chère Valérie,*

Le moment paraît venu pour le CSPLA d'entamer une réflexion approfondie sur la question de la preuve de l'originalité.

Seule condition requise pour qu'une œuvre de l'esprit bénéficie, pendant la durée du monopole, de la protection légale, l'originalité est une création purement jurisprudentielle, le législateur ne s'y référant que pour définir, à l'article L. 112-4 du code de la propriété intellectuelle, la protection spécifique accordée aux titres des œuvres.

L'originalité s'apprécie traditionnellement de manière subjective, en requérant que l'œuvre reflète la personnalité de son auteur. Selon certains, une tendance se dessinerait cependant en faveur d'une approche plus objective, tout au moins dans certains domaines de la création.

En droit de l'Union, la condition d'originalité, absente de la directive "Société de l'information", doit également sa consécration à la jurisprudence. La Cour de Justice soumet en effet le bénéfice de la protection d'une œuvre à la condition qu'elle constitue *"une création intellectuelle propre à son auteur"*, qui *"reflète la personnalité de celui-ci"*, précisant que la condition est remplie lorsque *"l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs."* Ainsi définie, l'originalité a été érigée par la Cour de Justice en notion autonome du droit de l'Union applicable comme telle de manière uniforme dans l'ensemble des Etats Membres.

Devant les juridictions françaises, la question de l'originalité ne se posait concrètement qu'au regard des œuvres qui se situaient à la limite de la protection, soit en raison de leur vocation principalement utilitaire (œuvres des arts appliqués) soit parce qu'elles empruntent au réel l'essentiel de leur substance (certaines catégories de photographies).

De ce fait, le débat sur l'originalité s'est longtemps concentré sur les œuvres dont l'originalité apparaissait discutable, les autres bénéficiant de facto d'une présomption d'originalité dans la mesure où les plaideurs ne s'aventuraient pas à la contester lorsqu'elle semblait évidente.

MA

Par ailleurs, dans le cadre de litiges portant sur des séries d'œuvres comportant des caractéristiques communes, les juges s'autorisaient à apprécier l'originalité "en bloc" et non œuvre par œuvre.

La situation a cependant changé depuis une dizaine d'années, à la faveur d'un durcissement jurisprudentiel sur la question de la charge de la preuve de l'originalité. Les juridictions françaises exigent en effet désormais que le demandeur, dès le stade de l'assignation, démontre l'originalité de chacune des œuvres pour lesquelles la protection est revendiquée, originalité qu'il incombe ensuite au juge d'apprécier de manière motivée œuvre par œuvre, sans généralisation possible.

Or, dans le cadre de contentieux "de masse" portant sur plusieurs centaines, plusieurs milliers, voire plusieurs dizaines de milliers d'œuvres contrefaites, la preuve de l'originalité de chacune des œuvres devient, pour le demandeur, un obstacle insurmontable, tant matériellement qu'en termes de coût, et, pour le défendeur, un argument opportuniste pour obtenir, de ce seul fait, le rejet des demandes adverses. Paradoxalement, plus la contrefaçon est massive, moins sa sanction peut être recherchée.

Il en résulte concrètement un affaiblissement de la protection accordée par le droit d'auteur au point que, dans certaines hypothèses, les titulaires de droits privilégient, lorsque c'est possible, les actions intentées sur le fondement des droits voisins.

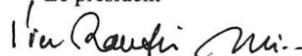
Cette situation pose problème au regard de la nécessaire protection des droits d'auteurs, et il serait opportun de rechercher si des correctifs peuvent être envisagés.

C'est pourquoi je souhaite vous confier une mission dont les conclusions pourraient être présentées devant le CSPLA lors de sa première réunion de l'année 2019, il serait donc souhaitable que vous ayez achevé vos travaux le 31 mars 2019.

Pour conduire vos travaux, vous pourrez vous appuyer sur les contributions des membres du Conseil supérieur, que j'invite dès maintenant à se manifester pour participer à ces travaux, ainsi que sur des experts extérieurs en cas de besoin.

Vous remerciant d'avoir accepté de poursuivre cette étude importante, je vous prie de croire, Maître, Madame, à l'expression de mes salutations distinguées *et d'un sentiment très amical.*

Le président



Pierre-François Racine