Droit d'auteur et création artistique : la liberté à tout prix ? À propos de l'arrêt du 15 mai 2015 de la Cour de cassation

Nicolas Bronzo

▶ **To cite this version:**

Nicolas Bronzo. Droit d'auteur et création artistique : la liberté à tout prix ? À propos de l'arrêt du 15 mai 2015 de la Cour de cassation. Revue francophone de la propriété intellectuelle, 2016, 2, pp.86. hal-03998446

HAL Id: hal-03998446
https://amu.hal.science/hal-03998446

Submitted on 21 Feb 2023

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

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

Copyright

Droit d'auteur et création artistique : la liberté à tout prix ?
À propos de l'arrêt du 15 mai 2015 de la Cour de cassation

Nicolas Bronzo

Maître de conférences

Centre de Droit économique Aix-Marseille Université

Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, FS P+B : JurisData n° 2015-011061

La dynamique des libertés et droits fondamentaux bouscule les équilibres les mieux établis, et le droit d'auteur n'échappe pas à ce mouvement. Dans cet arrêt fort remarqué, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir procédé de façon concrète à la recherche du juste équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression avant de condamner un contrefacteur.

Si l'on peut juger de l'importance d'un arrêt à l'aune du nombre de commentaires qu'il a suscité, alors celui rendu par la première chambre civile le 15 mai dernier fait assurément partie des « grands » arrêts du droit d'auteur[1]. L'onde de choc pourrait même se propager, au-delà du champ de la propriété littéraire et artistique, à tout le droit de la propriété intellectuelle. En effet, la Cour de cassation affirme que les juges du fond ne peuvent condamner un contrefacteur au paiement de dommages-intérêts sans avoir fait au préalable une balance d'intérêts concrète entre le droit d'auteur et la liberté d'expression.

À l'origine de cet arrêt, on trouve une affaire parfaitement banale. Le photographe de mode Alix Malka publie en 2005 dans un magazine de mode italien une série de photographies représentant le visage maquillé d'une femme. L'artiste plasticien Peter Klasens intègre trois de ces clichés – recadrés et coloriés en bleu – dans plusieurs de ses œuvres. Le photographe agit en contrefaçon pour atteinte à ses droits patrimoniaux et moraux. Question *a priori* classique : Peter Klasens devait-il obtenir une autorisation du photographe pour utiliser ses images ? On pouvait le penser, s'agissant d'une œuvre composite qui est, selon les termes de l'article L. 113-4, « la propriété de l'auteur qui l'a réalisée », mais – nuance importante – « sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ».

Dans un jugement du 31 janvier 2012, le Tribunal de grande instance de Paris rejette la demande en invoquant l'absence d'originalité des photographies et, à titre « superfétatoire » [*sic*], en admettant que la reproduction faite par l'artiste relevât de l'exception de parodie.

Dans un arrêt infirmatif du 18 septembre 2013, la Cour d'appel de Paris affirme l'originalité des

[1] V. notamment A. Bensamoun et P. Sirinelli, « Droit d'auteur *vs* liberté d'expression : suite et pas fin… », *D.* 2015, p. 1672 ; Ch. Caron, « Droit d'auteur versus liberté d'expression : exigence d'un « juste équilibre » », *CCE* 2015, n°7, comm. 55 ; Ch. Geiger, « Droit d'auteur et liberté d'expression : art « autorisé » et libre création ne font pas bon ménage », *JCP G.* 2015, n°38, 967 ; M. Vivant, « La balance des intérêts... enfin », *CCE* 2015, n°10, étude 17 ; F. Pollaud-Dulian, *RTD Com.* 2015, p. 515 ; J. Daleau, « Droit d'auteur : à la recherche du juste équilibre entre les monopoles », *Dalloz Actualités*, 2 juin 2015.

clichés et refuse à l'intimé le bénéfice de l'exception de parodie et de l'exception de courte citation. S'agissant de la première, la finalité humoristique indispensable à la qualification de parodie[2] faisait clairement défaut. Quant à l'exception de courte citation, sans même parler des difficultés liées à sa transposition dans le champ des œuvres graphiques[3], la finalité critique ou informative exigée par l'art. L. 122-5 CPI était en l'espèce absente. La citation justifiée par un motif purement artistique n'entre pas dans le champ de l'exception, ce que certains regrettent[4]. Enfin, la Cour écarte l'argument tiré d'une violation de la liberté d'expression artistique garantie par l'art. 10 CEDH, affirmant, notamment, que « l'exercice de la liberté d'expression artistique est […] susceptible d'être limité pour protéger d'autres droits individuels et la reprise de visuels qu'un auteur entendrait contester à travers sa propre création ne saurait raisonnablement lui permettre d'occulter les droits de l'auteur de ces visuels ». L'intégration des photographies dans vingt-trois œuvres différentes est jugée contrefaisante et la Cour condamne en conséquence l'artiste au paiement de 50.000 euros de dommages-intérêts. La solution pouvait sembler sévère, mais comme l'écrit un auteur, « le droit français ne connaît officiellement et légalement qu'un seul et unique droit de la contrefaçon uniforme qui ne prend pas en considération la bonne foi du contrefacteur ni la démarche artistique qui l'a animé[5] ».

L'artiste forme un pourvoi contre cet arrêt. Le moyen de cassation fait tout d'abord grief aux juges du fond d'avoir affirmé l'originalité des photographies sans indiquer en quoi les choix faits par l'auteur traduisaient l'empreinte de sa personnalité. La dernière branche du moyen affirme ensuite que la condamnation pour contrefaçon porte une atteinte illégitime à la liberté d'expression artistique du plasticien.

De façon quelque peu inattendue, ce dernier point emporte la conviction de la 1ère chambre civile qui casse l'arrêt au visa de l'article 10 CEDH, reprochant à la Cour d'appel d'avoir dit que « les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique », alors qu'elle aurait du « expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait ».

Inédite, cette solution suscite en doctrine des réactions très diverses, allant de l'approbation[6] à la critique virulente[7]. Cela n'a rien de surprenant, car la confrontation avec les droits fondamentaux conduit inexorablement à s'interroger sur ce qu'est le droit d'auteur, ou ce qu'il *devrait* être, sujet qui est très loin de faire consensus, comme le montre encore la présente affaire. Ainsi, depuis plusieurs années, l'articulation entre le droit d'auteur et la liberté d'expression a donné lieu à une série de décisions qui forment une séquence d'accords complexe, mais désormais bien connue (**I**). L'arrêt commenté introduit dans cette partition une dissonance harmonique (**II**), dont on peut se demander comment elle sera résolue. (**III**)

I. Des accords connus

Dans l'arrêt sous commentaire, le droit d'auteur est confronté à la « liberté d'expression artistique ». Quelle est cette liberté ? Est-elle une liberté autonome, distincte de la liberté d'expression et d'information du public ? Elle ne possède pas de fondement propre, mais la Cour EDH a clairement indiqué que la protection de l'art. 10 s'étendait à l'expression artistique. « *Sans doute l'article 10 ne*

[2] Même si l'on s'en tient à la définition dégagée par la CJUE, peut-être plus souple que celle qui prévalait en droit interne, mais qui requiert toujours une « manifestation d'humour ou une raillerie ». CJUE, 3 septembre 2014, Aff. C-201/13, *D.* 2014 p. 2097 , note Galopin ; *Propr. Intell.* 2014, n°53, p. 393, obs. Bruguière ; *CCE* 2014, n° 11, comm. 82, note Ch. Caron.

[3] V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd., 2012, n°428 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3e éd., 2016, n°642.

[4] M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°645, spéc. note n°5.

[5] Ch. Caron, art. préc.

[6] V. not. Ch. Geiger, art. préc. ; M. Vivant, art. préc.

[7] F. Pollaud-Dulian, obs. préc. V. également P.-Y. Gautier, « Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. Comme les comparants s'accordent à le reconnaître, il englobe la liberté d'expression artistique (…) qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte »[8].

Les juges nationaux ont suivi le même chemin, en dessinant les contours d'une liberté d'expression propre au champ artistique, notamment dans des affaires où cette liberté était opposée au droit à l'image ou au droit au respect de la vie privée. La Cour de cassation envisage la liberté d'expression sous l'angle de l'expression artistique[9], la déclinant volontiers sous la forme de la « liberté de création », qui a fait certaines apparitions remarquées, notamment dans la fameuse affaire de la suite des *Misérables* de Victor Hugo[10].

On peut s'efforcer de distinguer ces deux formes de liberté, en tirant argument du fait que la liberté d'expression concernerait les idées, les informations et la liberté de création les formes sensibles, indépendamment du message porté[11]. Le fond d'un côté, la forme de l'autre, en somme. Mais cet effort est un peu vain, car, ainsi que l'observe un auteur, les deux libertés sont unies par « *des liens si étroits et complexes qu'elles ne se conçoivent pas l'une sans l'autre*[12] ».

On pourrait également faire valoir que la liberté de création existe en amont de la diffusion et, qu'à ce stade, elle relève alors plus de la liberté de pensée que de la liberté d'expression à proprement parler. Le projet de loi « Création, Architecture et Patrimoine[13] » actuellement discuté au Parlement reflète ce tiraillement. Dans le texte présenté par le Ministre de la Culture, l'article premier consacre la liberté de création sans aucune équivoque : « La création artistique est libre ». L'exposé des motifs indique qu'il s'agit bien de formaliser juridiquement le « principe de liberté de création artistique, qui tire sa force du principe constitutionnel de la liberté d'expression ». Sans que l'on sache s'il s'agit d'une conséquence de l'arrêt commenté, un amendement a été adopté au Sénat pour ajouter un article 1 *bis* rédigé comme suit : « La diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément aux dispositions de la première partie du code de la propriété intellectuelle ». La première phrase, qui étend la liberté de création à la *diffusion* de la création vient rappeler que la liberté de création ne doit pas s'entendre seulement comme une liberté purement intérieure, mais bien comme une liberté qui s'extériorise dans le champ social à travers la diffusion de l'objet créé dans la sphère publique. La parenté évidente entre la liberté de création et la liberté d'expression aurait pu permettre de se dispenser de cette précision. En revanche, la seconde phrase fait écho à la présente affaire en rappelant que si la diffusion de la création est libre, c'est à la condition de respecter les droits d'auteur et les droits voisins. On retrouve ainsi à propos de la liberté de création un double niveau que l'on connaît déjà pour la liberté de pensée : la liberté d'avoir des convictions ou des croyances est absolue, mais la liberté de les manifester doit être relativisée. De la même façon tant que la création demeure dans la sphère privée de l'auteur, elle est entièrement libre. En revanche, lorsque l'auteur extériorise son œuvre, la diffusion doit être confrontée aux règles du Code de la propriété intellectuelle. Entre liberté de création et droit d'auteur, les relations sont donc étroites, mais aussi ambivalentes.

L'auteur est, avant toute chose, un créateur, une personne qui réalise « quelque chose qui n'existait pas encore[14] ». Sans liberté de création, il n'y a pas d'auteur, et donc pas de droit d'auteur. Le droit exclusif reconnu à l'auteur peut d'ailleurs être considéré comme le prolongement – la conséquence – de la liberté de créer[15]. L'arrêt rendu le 22 septembre 2015 par la Chambre sociale est à cet

[8] CEDH, *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, Req. n°10737/84.
[9] V. par ex. Cass. civ, 1ère ch., 29 oct 1990, *Bulletin* 1990 I n° 226 p. 161 ; Cass. civ, 1ère ch., 30 septembre 2015, n° 14-16.273.
[10] Cass. civ, 1ère ch, 30 janvier 2007, n° 04-15.543 : *JurisData* n° 2007-037150 ; *JCP G* 2007, II, 10025, note Ch. Caron.
[11] V. not. F. Pollaud-Dulian, obs. préc.
[12] D. Cohen, « La liberté de créer », *Libertés et droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, 2015, 21ème éd., p. 561 et s.
[13] *Projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, n° 2954, déposé le 8 juillet 2015.
[14] Définitions du *Petit Robert.*
[15] En ce sens, v. not. D. Cohen, « La liberté de créer », art. préc.

égard plein d'intérêt. En effet, la Cour de cassation donne raison aux juges du fond d'avoir dit que la directrice artistique d'une grande maison n'était pas l'auteur des pièces créées au motif qu'elle « ne jouissait [pas] d'une liberté de création[16] ». Du reste, la définition de l'originalité de l'œuvre, seule condition ouvrant droit à la protection, établit d'ailleurs très clairement le lien étroit qui existe entre la liberté créatrice et le droit exclusif[17]. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les décisions de la Cour de Justice qui font référence à des choix « libres et créatifs » ou à la « capacité créative » de l'auteur[18]. La création est à ce point mêlée au droit d'auteur qu'il a même été suggéré en doctrine d'y voir la « véritable » condition de la protection[19].

Dans l'espèce commentée, les trois premières branches du moyen de cassation se basaient justement sur l'absence d'originalité de l'œuvre première. L'auteur du pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir caractérisé l'originalité des photographies de mode au terme d'un raisonnement qui confondait originalité et nouveauté et d'avoir retenu l'existence de choix traduisant « un réel parti-pris esthétique » sans expliquer en quoi ces choix « pour arbitraires qu'ils puissent être, manifesteraient l'empreinte de la personnalité de leur auteur ». On le sait, l'appréciation de l'originalité est une question difficile et souvent frustrante[20], en particulier dans le domaine de la photographie. Il n'en demeure pas moins que la définition traditionnelle héritée de Desbois d'une originalité conçue comme « l'empreinte de la personnalité de l'auteur » fait place à une définition renouvelée – notamment sous l'influence de la CJUE[21] – qui met l'accent sur l'importance des choix opérés par l'auteur, et qui servent en quelque sorte de révélateur à sa personnalité, à laquelle toute référence n'est pas abandonnée[22]. Ainsi, pour la Cour d'appel, les choix opérés « traduisent, au-delà du savoir-faire d'un professionnel de la photographie contribuant à valoriser des produits du commerce dans une revue de mode, un réel parti-pris esthétique empreint de la personnalité de leur auteur » ; et la Cour de cassation n'y trouve rien à redire.

On le voit, le droit d'auteur plonge ses racines dans la liberté de création. C'est pourtant sous un angle conflictuel que ces deux prérogatives sont le plus souvent envisagées. Le droit d'auteur est en effet un droit exclusif[23], un droit d'autoriser et d'interdire la diffusion ou la reprise de l'œuvre protégée. Cette faculté d'interdire vient nécessairement borner la liberté individuelle des tiers. C'est là l'essence même d'un droit opposable *erga omnes*. Mais il était généralement admis que les limites et exceptions au droit exclusif offraient des espaces de liberté suffisants. Probablement en raison des tendances expansionnistes qui animent le droit d'auteur, cet équilibre est désormais jugé insatisfaisant par certains. En réaction, les droits fondamentaux ont été perçus comme le moyen de contester la « toute puissance » du droit d'auteur et de restaurer une forme de cohérence[24].

Depuis quelques années, certains justiciables accusés de contrefaçon tentent d'échapper à la condamnation en invoquant la liberté d'expression et le droit du public à l'information. L'art. 10 de la Conv. EDH est ainsi devenu un « joker », un argument de la dernière chance pour redessiner les contours de l'exclusivité dans un sens plus

[16] Cass. soc., 22 septembre 2015, 13-18.803, Inédit.

[17] V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°265-266 et n°275.

[18] CJUE, Aff. C-145/10, 1er décembre 2011, n°99 : « *une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci* ». Aff. C-604/10, 1er mars 2012, n°38 : « *S'agissant de la constitution d'une base de données, ce critère de l'originalité est rempli lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et imprime ainsi sa "touche personnelle"* ». V. V.-L. Benabou, « L'originalité, un janus juridique », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17 et s.

[19] O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur ; originalité ou création ?*, PUAM 1999. Pour une lecture critique de cette proposition, v. F. Pollaud-Dulian, *RIDC* 1-2000, p. 270.

[20] Notion « en crise » pour A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°107. Notion « insaisissable » pour M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°258.

[21] V. V.-L. Benabou, art. préc.

[22] V. les références à la « touche personnelle » dans les arrêts *Eva-Maria Painer* et *Football Dataco.*

[23] V. not. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°28.

[24] Sur cette idée v. not. Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, Coll. IRPI, t. 25, 2004 ; « Les droits fondamentaux : garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150. P. Kamina, « Droit d'auteur et article 10 de la CEDH », *Legicom* 2001, 2, n° 25, p. 7.

favorable à la liberté et donc nécessairement moins favorable au droit de propriété.

Jusqu'à présent, l'argumentation n'avait toutefois jamais été accueillie favorablement par la Cour de cassation. Dans la fameuse affaire *Utrillo*, la Haute juridiction avait fait sienne l'idée selon laquelle l'article 10 de la Conv. EDH ne pouvait être invoqué comme une limite externe au droit d'auteur dans la mesure où l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression était déjà pris en compte en amont dans les exceptions au droit d'auteur. Quelques mois plus tard, la même position était tenue dans l'affaire *Onze Mondial*[25] qui paraissait trancher nettement en faveur du droit d'auteur, rappelant qu'il doit être également considéré comme un droit fondamental : « Mais attendu que le droit à l'information du public consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés ; qu'il en est ainsi des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1er du 1er Protocole additionnel ». La porte semblait donc bel et bien fermée.

En réalité, c'est du côté de la Cour EDH que la dissonance se préparait. Dans une affaire *Ashby Donald*[26], la Cour était saisie d'un recours intenté par trois photographes condamnés pour contrefaçon après avoir commercialisé sans autorisation les clichés d'un défilé de mode et qui invoquaient une violation de l'article 10 CEDH. Dans cette affaire, la Cour devait donc examiner si la condamnation des photographes était une ingérence prévue par la loi, si elle poursuivait un but légitime et, surtout, si elle était « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 10 § 2. Reconnaissant aux autorités nationales une marge d'appréciation « particulièrement importante » au vu des circonstances, la Cour conclut que « la nature et la gravité des sanctions infligées aux requérants ne sont pas telles […] que l'ingérence litigieuse était disproportionnée par rapport au but poursuivi[27] ». Le droit d'auteur est donc une « ingérence » dans la liberté d'expression. Il l'emporte sur le droit à l'information, mais seulement à l'issue d'une mise en balance, et parce que les circonstances de l'espèce commandaient qu'il en soit ainsi. Ce n'était donc que partie remise.

II. Dissonance nouvelle

La décision *Ashby Donald* ayant fait primer le droit d'auteur sur le droit du public à l'information, on pouvait y voir un signe d'apaisement, voire de « réconciliation [28]», et ce, d'autant que peu de temps après, la Cour rejetait la requête – il est vrai presque outrancière – des fondateurs du site *The Pirate Bay* qui prétendaient que leur condamnation constituait une atteinte illégitime à leur liberté d'expression[29].

Il est vrai qu'une lecture raisonnable de la décision de la Cour EDH, à l'instar de celle défendue par Alexandre Zollinger, permettait de concilier la balance des intérêts avec la liste fermée des exceptions de l'art. L. 122-5 CPI[30]. Selon lui, le juge national devrait rester libre de ne pas procéder à la mise en balance des intérêts au titre de la marge nationale d'appréciation : « Les juges internes peuvent tout à fait choisir d'appliquer rigoureusement le principe de liste fermée d'exceptions, et refuser d'examiner l'argument tiré de l'article 10, sans encourir automatiquement un constat de violation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière, accordant une marge nationale d'appréciation importante, devrait facilement considérer que l'application normale d'une législation veillant, en son sein, à préserver des facultés d'expression est conforme à la Convention »[31]. Autrement dit, les juges pourraient se dispenser de tester concrètement l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression lorsque ce travail a déjà été fait en amont par le législateur. Il existerait ainsi une sorte de présomption suivant laquelle le fait de

[25] Cass. civ, 1ère ch, 2 octobre 2007, n° 05-14.928.

[26] CEDH, *Ashby Donald et a. c. France* 10 janvier 2013, Req. n° 36769/08 ; *JCP G* 2013, 397, note M. Afroukh.

[27] Décision préc., n°44.

[28] A. Zollinger, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode », *CCE* 2013, n°5, étude 8.

[29] CEDH, 19 février 2013, Req. n° 40397/12, *Neij et Kolmisoppi c/ Suède* ; *CCE* 2013, n° 6, comm. 63, obs. Ch. Caron.

[30] A. Zollinger, art. préc., n°19 et s.

[31] A. Zolinger, art. préc., n°23.

sanctionner un acte qui n'est pas couvert par une exception ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Les craintes qu'avait fait naître l'incursion des droits fondamentaux étaient donc en partie dissipées, et la petite musique du droit d'auteur pouvait se poursuivre tranquillement. Mais c'était sans compter avec la note dissonante apportée par l'arrêt sous commentaire.

En effet, la Cour de cassation reproche très précisément à la Cour d'appel de ne pas avoir expliqué « de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait », c'est-à-dire de ne pas avoir procédé à la mise en balance entre droit d'auteur et liberté d'expression, et ce, alors même que le bénéfice des exceptions de parodie ou de courte citation avait été refusé au contrefacteur.

Dans sa motivation, la Cour d'appel prend pourtant bien en considération la liberté d'expression, mais elle affirme de façon abstraite que « les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient […] faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées ». C'est la généralité de la formule qui est ici condamnée. La marge nationale d'appréciation reconnue aux États pour opérer la conciliation entre deux droits fondamentaux ne permettrait donc pas au juge d'éviter la recherche concrète du juste équilibre en s'abritant derrière les exceptions au droit exclusif reconnues par le législateur.

Cet arrêt semble également condamner l'idée selon laquelle le droit subjectif l'emporte nécessairement sur la liberté, puisqu'il a précisément pour objet de marquer les limites de cette liberté[32].

L'évolution par rapport à la doctrine établie dans l'affaire *Utrillo* est saisissante. Mais comment apprécier la portée de cet arrêt ? Les juges du fond devront-il vérifier concrètement que l'usage du droit exclusif ne cause pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression à chaque fois qu'ils prononcent une condamnation pour contrefaçon, et ce, même s'ils ont préalablement écarté le jeu des exceptions de l'article L. 122-5 CPI ? Autrement dit, la balance des intérêts va-t-elle devenir un passage obligé et systématique dans le contentieux de la contrefaçon en droit d'auteur ?

Cela reviendrait à affirmer de façon générale que « désormais, la réunion des conditions légales de l'action en contrefaçon ne commande plus forcément une condamnation »[33]. Inenvisageable il y a encore peu de temps, cette conception ne semble plus si fantaisiste au vu de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, qui énonce qu'en présence de deux droits fondamentaux d'égale valeur, « il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime[34] ». Il est clair que dans cette hypothèse, cet arrêt entrainerait des changements considérables dans la réalisation juridictionnelle du droit d'auteur. En effet, si les juges étaient tenus à la recherche du juste équilibre à chaque fois qu'un contrefacteur invoque la violation d'un droit fondamental, nul doute que la démarche deviendrait systématique tant la multiplication des droits fondamentaux est importante. Peut-être faut-il s'y résoudre. On rappellera à cet égard les propos lucides de Daniel Gutman qui écrivait il y a plusieurs années déjà que la « pensée juridique moderne étant ce qu'elle est, il faut bien accepter que les controverses juridiques soient formulées en termes de conflits de droits si l'on veut tenter d'y participer »[35].

Il ne s'agit donc pas de rejeter complètement l'idée même de la balance des intérêts en droit d'auteur, mais peut-être faut-il s'efforcer de la contenir dans des limites raisonnables. En effet, dans la mesure où l'articulation entre le droit d'auteur et la liberté d'expression fait déjà l'objet d'une forme de balance dans la loi – ce qui n'est pas toujours le cas lorsqu'il existe un conflit entre deux droits fondamentaux – une interprétation plus modérée est possible : le juge ne serait tenu de procéder concrètement à la

[32] Sur cette idée v. F. Pollaud-Dulian, obs. préc.

[33] Ch. Caron, art. préc.

[34] Cass. civ, 1ère ch, 30 septembre 2015, n°14-16.273.

[35] D. Gutman, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, p. 340.

recherche d'un juste équilibre que dans des circonstances particulières, similaires à celles qui ont donné lieu à la présente affaire[36]. Il resterait alors à déterminer dans quels cas spéciaux le juge pourrait être amené à dépasser le cadre fixé par le législateur au nom d'un intérêt de rang supérieur.

En l'espèce l'auteur de l'œuvre dérivée revendiquait fortement la portée politique de sa démarche, les photographies de mode ayant été choisies parce qu'elles sont un « symbole de la publicité et de la surconsommation ». N'est-ce ce pas justement parce qu'il s'agissait ici d'une œuvre d'art *engagée* que la balance des intérêts devait impérativement être faite ? On sait que la liberté d'expression bénéficie d'une protection supérieure lorsqu'elle contribue à porter un message politique. Plus que la dimension artistique, ce serait ainsi la dimension politique ou critique de l'œuvre seconde qui serait le sésame donnant droit à une seconde chance lorsque l'usage non autorisé ne peut être couvert par une exception existante.

En contrepoint de la précédente observation, la Cour EDH semble considérer que toute œuvre d'art participe du débat public, sans qu'il ne faille spécialement montrer le caractère « engagé » de la création : « *Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique*[37] ». Mais l'affirmation relève très largement de la pétition de principe. Toute œuvre ne participe pas au débat démocratique, et c'est heureux ! De plus, il faut rappeler que le droit d'auteur n'est pas *que* le droit des « œuvres d'art », mais aussi celui des créations de forme utilitaires.

Se dessinerait ainsi une distinction entre d'un côté l'art engagé, qui pourrait emprunter largement aux œuvres préexistantes pour la seule raison qu'il participe au débat d'idées, et de l'autre côté les œuvres « futiles » qui devraient s'en tenir aux seuls espaces de liberté accordés par les exceptions de l'art. L. 122-5 CPI. Du message porté par l'œuvre dépendrait le degré de liberté du créateur, mais aussi, en creux, la portée du droit exclusif sur les œuvres antérieures. Serait-ce véritablement un mal ? On pourrait y voir le moyen donné aux juges de corriger les effets parfois iniques du dogme selon lequel le contenu du droit d'auteur ne devrait pas varier en fonction de l'objet auquel il s'applique.

L'avenir dira si la recherche du juste équilibre doit désormais intervenir de façon systématique ou si elle doit être faite seulement dans certaines circonstances particulières – et il faudra alors préciser quelles sont justement ces circonstances particulières. Mais pour l'heure, force est de constater que l'arrêt de la première chambre civile laisse dans son sillage bon nombre de questions irrésolues et donne à entendre une note dissonante qu'il faudra bien résoudre. Reste à savoir comment.

III. Résolution attendue

La résolution permet le retour à une certaine forme de détente dans le mouvement harmonique. À cet égard, nul doute que la décision rendue sur renvoi par la cour d'appel de Versailles sera scrutée avec beaucoup d'attention, car elle donnera de précieuses indications sur les modalités d'appréciation du juste équilibre entre les droits de l'auteur de l'œuvre dérivée et ceux de l'auteur de l'œuvre de base. La recherche devant s'opérer *in concreto*, quels sont les éléments qui devraient être pris en considération ?

Du côté de l'œuvre dérivée, la nature du discours protégé jouera, comme on vient de le voir, un rôle essentiel dans la mise en balance des intérêts en présence. Le discours politique est clairement celui qui bénéficie de la protection la plus importante, car il participe à un débat d'intérêt général. À l'inverse, un discours purement commercial pourra être restreint avec moins de difficulté. L'expression artistique pourrait être située quelque part au milieu de ce spectre « à mi-chemin entre les discours politiques et commerciaux[38] ». Dans l'affaire *Ashby Donald*, les requérants invoquaient l'intérêt du public pour la mode afin d'opérer un

[36] Du reste, le motif de cassation – défaut de base légale – invite à limiter la portée de l'arrêt. En ce sens, v. P. Sirinelli et A. Bensamoun, art. préc.

[37] CEDH, *Müller et autres c. Suisse,* préc. n°50 ; CEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janvier 2007, Req. n°68354/01, n°26.

[38] A. Zollinger, art. préc., n°9.

rattachement au débat d'intérêt général. Rejetant cette argumentation, la Cour avait considéré au contraire que la démarche était de nature commerciale, ce qui justifiait à ses yeux la condamnation. Dans l'espèce commentée, le caractère engagé de l'œuvre dérivée – qui a déjà été souligné – pourrait très certainement peser dans la balance. La bonne ou la mauvaise foi de l'artiste, indifférente à la qualification de la contrefaçon, pourrait aussi être prise en compte dans la pesée des intérêts, de même que l'étendue des modifications apportées à l'œuvre première, ou encore, le fait que le nom du photographe à qui les clichés ont été « empruntés » n'ait été cité à aucun moment.

Si l'on regarde maintenant du côté de l'œuvre initiale, trois observations peuvent être faites. La première est que le droit d'auteur reconnu au photographe doit également être considéré comme un droit fondamental, en tant qu'il est un droit de propriété. L'entrée du droit d'auteur – et plus largement de la propriété intellectuelle – au « Panthéon des droits fondamentaux »[39] permet de l'inclure dans la dialectique des droits fondamentaux, sans qu'il ne sorte nécessairement perdant de la confrontation. La confrontation entre deux droits de rang supérieur aboutit en effet à une forme de neutralisation, de sorte que les grands équilibres de la matière ne devraient pas être modifiés en dehors de quelques épiphénomènes jurisprudentiels qui correspondent à des situations exceptionnelles.

La deuxième observation est que la qualité ou le mérite de l'œuvre initiale, alors même qu'ils ne doivent en théorie pas influencer l'existence et l'étendue de la protection par le droit d'auteur, pourraient être introduits dans la pesée des intérêts, au même titre que le message porté par l'œuvre dérivée. Encore une fois, c'est la perspective d'un droit d'auteur à deux vitesses qui se dessine, perspective qui ne nous semble pas totalement condamnable, mais qui pose cependant de redoutables difficultés de délimitation. On voit bien, du reste, que le recours à la balance des intérêts confère au juge un important pouvoir de décision, auquel on associe volontiers une certaine insécurité juridique. Avouons cependant que le contentieux de la contrefaçon est déjà très largement casuistique. Comme le résume le Professeur Vivant, « c'est toujours le juge qui aura, comme il l'a déjà aujourd'hui, le dernier mot »[40]. Le recours aux droits fondamentaux contribue certainement à l'émancipation du juge[41], mais une fois encore il n'est pas certain que la généralisation de la balance des intérêts entraîne des changements majeurs.

Troisième observation, enfin : si un juste équilibre doit être trouvé entre la liberté d'un auteur et les droits de l'autre, sans doute faut-il se demander quelles sont précisément les prérogatives invoquées par le créateur de l'œuvre initiale. S'agit-il du droit patrimonial ? Du droit moral ? Des deux ? La balance des intérêts suppose de rechercher le « but poursuivi » par la mesure afin de décider si oui ou non la restriction à la liberté est nécessaire et proportionnée. Il faut donc s'interroger sur le but poursuivi par le droit d'auteur opposé à la liberté de création. On sait que pour la Cour de Justice, la fonction essentielle du droit d'auteur est de défendre les intérêts économiques et moraux de l'auteur[42]… Mais du point de vue de la balance des intérêts, l'auteur qui invoque la défense d'un intérêt moral doit-il être traité de la même façon que celui qui invoque la défense d'un intérêt patrimonial ? Autrement dit, une restriction à la liberté de création ne pourrait-elle pas être considérée comme justifiée lorsqu'il s'agit de défendre la personnalité de l'auteur d'une œuvre première plutôt qu'un « simple » monopole d'exploitation ?

La question est d'autant plus importante que bien souvent, le titulaire des droits patrimoniaux ne sera pas l'auteur, et ne sera donc pas investi des droits moraux. Le droit d'auteur que l'on oppose à la liberté de création n'est donc pas nécessairement un droit ***de*** l'auteur. Cet aspect de la « fondamentalisation » du droit d'auteur passe trop souvent inaperçu : s'il est considéré comme un droit

[39] Ch. Caron, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE* 2001, n° 6, comm. 55.

[40] M. Vivant, art. préc., n°2.

[41] L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, doctr. 829.

[42] CJCE, 20 octobre 1993, aff.C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins*, Rec., I-.5145; *RTD Eur.* 1995, p. 845, obs. G. Bonet.

fondamental, c'est en tant que droit de propriété, et non en tant que droit issu d'une création[43]. Le bénéficiaire de la protection sera donc fréquemment un propriétaire à titre dérivé, qui tient ses droits de l'auteur, et qui pourra exercer ses prérogatives y compris contre l'auteur lui-même[44].

Il n'est donc pas tout à fait juste de dire que la décision commentée est défavorable aux auteurs. Ce qui est atteint ici, c'est moins le droit de l'auteur que le droit de propriété. La liberté de création qui bénéficie de la mise en balance profite quant à elle toujours à un auteur.

Dans la présente affaire, ce sont pourtant bien les droits de deux auteurs qui s'opposent, et il semble bien difficile de se livrer à un quelconque pronostic quant à l'issue du litige. Et si d'aventure la Cour d'appel décidait de faire pencher la balance en faveur de l'auteur de l'œuvre dérivée, les droits de l'auteur de l'œuvre initiale ne seraient-ils pas purement et simplement neutralisés ? Bénéficiera-t-il d'un droit à rémunération, à défaut de pouvoir interdire l'utilisation de son œuvre ? Et dans ce cas, le juge ira-t-il jusqu'à fixer le montant de la redevance ? *Quid*, enfin, de la protection reconnue à l'œuvre dérivée ? « L'œuvre seconde pourra-t-elle, à son tour, être systématiquement réutilisée et déformée à des fins de création par d'autres, voire par l'auteur de l'œuvre première ou faudra-t-il chaque fois refaire une nouvelle recherche d'un prétendu "juste équilibre" »[45] ?

Du reste, quelle que soit la solution adoptée, il ne fait aucun doute que de nombreuses questions resteront en suspens. La recherche du juste équilibre sera-t-elle étendue à d'autres droits fondamentaux susceptibles d'entrer en conflit avec le droit d'auteur ? On peut penser par exemple au respect de la vie privée, mais aussi à la liberté du commerce et de l'industrie, où la perspective d'une alliance entre droits fondamentaux et droit de la concurrence pourrait ainsi se dessiner en vue d'encadrer le droit d'auteur. Et que penser d'une « contamination » aux autres droits de propriété intellectuelle ? Si les droits fondamentaux peuvent faire échec au droit d'auteur jusque dans sa dimension morale, il n'existe aucune raison de penser que les droits de propriété industrielle ne seront pas atteints. Où l'on se souvient d'un autre air connu : droit des marques *versus* liberté d'expression !

On peut grimacer devant tant de changements et se lamenter sur l'incertitude qui pèse les titulaires de droits. On peut s'interroger sur la cohérence de l'action publique lorsqu'on renforce l'arsenal législatif de lutte contre la contrefaçon alors que dans le même temps le recours aux droits fondamentaux conduit à neutraliser les prérogatives des titulaires de droits[46]. Le mélomane se consolera en se disant que c'est l'alternance entre des phases de tension et de résolution qui fait la beauté du mouvement harmonique. Gageons qu'à cet égard, la symphonie de la propriété intellectuelle et des droits fondamentaux ne saurait décevoir !

N. B.

[43] V. N. Bronzo, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan 2007, not. p. 173.
[44] En ce sens, A. Zollinger, art. préc., n°33.
[45] F. Pollaud-Dulian, art. préc.
[46] N. Bronzo, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 160 : « il appartiendra [aux juges] de dire où se situe la frontière entre garantie des droits fondamentaux et préservation de l'efficacité des propriétés intellectuelles ».