

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 061/24 – VII – CIV

**Audience publique du huit mai deux mille vingt-quatre**

Numéro CAL-2023-00061 du rôle.

Composition:

Jean ENGELS, président de chambre;  
Nadine WALCH, premier conseiller;  
Françoise SCHANEN, conseiller ;  
André WEBER, greffier.

E n t r e :

**PERSONNE1.)**, demeurant à ADRESSE1.) (Etats-Unis),

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg du 29 décembre 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée NautaDutilh Avocats Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 189905, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Vincent WELLENS, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

e t :

**PERSONNE2.)**, demeurant à L-ADRESSE2.),

partie intimée aux fins du susdit exploit GALLÉ du 29 décembre 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée VOGEL AVOCAT, établie et ayant son siège social à L-1660 Luxembourg, 74, Grand-rue, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 236549, représentée par son gérant actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Gaston VOGEL, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse.

---

## LA COUR D'APPEL :

### Faits et rétroactes

Dans le cadre de la 11<sup>ème</sup> Biennale d'Art Contemporain, organisée par la ORGANISATION1.) du 20 mai au 8 juin 2022, PERSONNE2.) faisait exposer un tableau de sa création pour lequel il a remporté le « *Prix d'encouragement du jeune artiste* », doté de 1.500,- euros et d'une exposition gratuite à la ENSEIGNE1.) » de la ORGANISATION1.).

L'œuvre de PERSONNE2.) se présente comme suit:

(IMAGE); (IMAGE)

Le 1<sup>er</sup> juin 2022, PERSONNE1.), ayant constaté que le tableau présentait de très fortes ressemblances avec l'une de ses photographies qu'elle a réalisée lors d'un *photo shoot* dans la marge de l'édition vietnamienne de MEDIA1.) de novembre 2017, a exprimé son étonnement à cet égard sur les réseaux sociaux.

La photographie visée par PERSONNE1.), ci-après la Photographie, et pour laquelle la cessation de la violation de ses droits d'auteur est réclamée, est la suivante :

(IMAGE)

En date du 10 juin 2022, PERSONNE1.), par le biais de son mandataire, a mis tant PERSONNE2.) que la ORGANISATION1.) en demeure, notamment de cesser l'exposition de l'œuvre en question pour le 15 juin 2022 au plus tard et d'éviter toute publication ou divulgation de l'œuvre au public par tout autre moyen, respectivement de s'abstenir de toute vente.

Par exploit d'huissier de justice du 5 juillet 2022, PERSONNE1.) a fait donner assignation à PERSONNE2.) à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière de référé, aux fins de voir ordonner la cessation de tout acte de reproduction, d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public reprenant les éléments essentiels de la Photographie et ce sous peine d'astreinte.

Par exploit d'huissier de justice du 12 octobre 2022, PERSONNE1.) a fait donner assignation à PERSONNE2.) à comparaître devant le Président de la chambre civile du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé,

sur base de l'article 81 de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, les droits voisins et les bases de données, ci-après la Loi, pour :

*« constater que Monsieur PERSONNE2.), en ayant produit, exposé et/ou mis à la vente un tableau reprenant les éléments essentiels d'une photo réalisée par Madame PERSONNE1.) dans la marge de l'édition vietnamienne de novembre 2017 MEDIA1.), à savoir la photo suivante:*

*[photo]*

*sans le consentement de Madame PERSONNE1.), voire sans avoir mentionné cette dernière, viole les droits d'auteur de Madame PERSONNE1.) au sens des articles 3 et 4 de la Loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données ;*

*Partant,*

*En ordre principal,*

*Enjoindre à Monsieur PERSONNE2.) de cesser tout acte de reproduction (ce qui revient donc également à la destruction du tableau déjà confectionné), d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public reprenant les éléments essentiels de ladite photo, ce sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour et par violation constatée à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, sinon de la signification de l'ordonnance à intervenir jusqu'à un montant maximum de 100.000 EUR, sinon tout autre montant;*

*En ordre subsidiaire,*

*Pour le cas où Monsieur PERSONNE2.) ne serait pas ordonné de cesser tout acte de reproduction, d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public reprenant des éléments essentiels de ladite photo, ordonner la cessation de la violation des droits de paternité de Madame PERSONNE1.) et d'enjoindre à Monsieur PERSONNE2.) de mentionner que son tableau est basé sur une photo de cette dernière, ce sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour et par violation constatée à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, sinon de la signification de l'ordonnance à intervenir jusqu'à un montant maximum de 100.000 EUR, sinon tout autre montant ;*

*Pour le cas où Votre Siègre aurait des doutes quant à l'étendue exacte de l'exception de "pastiche" de l'article 10 (6) de la Loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne :*

*« L'article 5, paragraphe 3, lettre k) de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information s'oppose-t-il à une législation nationale, comme l'article 10 (6) de la Loi luxembourgeoise du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données (telle que modifiée),*

*qui prévoit qu'un recours à l'exception du « pastiche » en droit d'auteur national n'est possible que si l'œuvre postérieure a pour « but de railler l'œuvre parodiée » et reste limitée aux « éléments strictement nécessaires » pour atteindre ce but ?*

*Dans la positive, l'exception du « pastiche » au sens de l'article 5, paragraphe 3, littera k) de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information requiert-elle une référence explicite à l'œuvre imitée et une interprétation critique, lesquelles peuvent être reconnues par une personne moyenne avertie ?»*

*En tout état de cause*

*Voir ordonner la publication et l'affichage du dispositif du jugement (pour autant qu'il constate une violation des droits d'auteur de Madame PERSONNE1.), aux frais de Monsieur PERSONNE2.), dans le « MEDIA2.) » et dans la version en ligne de la magazine « MEDIA3.) » dans les dimensions normalement applicables, ce sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour que cette ordonnance n'a pas été respectée après un délai de sept (7) jours à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, sinon de la signification de l'ordonnance à intervenir jusqu'à un montant maximum de 100.000 EUR, sinon tout autre montant;*

*Condamner Monsieur PERSONNE2.) à payer à Madame PERSONNE1.) une indemnité de procédure d'au moins 25.000 EUR conformément à l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, tel qu'interprété à la lumière de l'article 14 de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, et en tout cas parce qu'il serait inéquitable de laisser à l'unique charge de la partie demanderesse les frais exposés aux fins de la défense de leurs intérêts à la suite du présent litige;*

*Condamner Monsieur PERSONNE2.) à tous les frais et dépens de l'instance;*

*Réserver à Madame PERSONNE1.) tous autres droits, dus moyens et actions à faire valoir en temps et lieux utiles et suivant qu'il appartiendra;*

*Déclarer l'ordonnance à intervenir exécutoire au seul vu de la minute et, en tout état de cause, par provision, nonobstant appel ou opposition et sans caution.»*

Par ordonnance du 14 octobre 2022, le juge des référés s'est déclaré incompétent pour connaître de l'action en cessation de PERSONNE1.).

Par jugement n°NUMERO1.) du 7 décembre 2022, un juge au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en remplacement du président de la huitième chambre civile dudit tribunal, statuant au fond, mais comme en matière de référé, sur base de l'article 81 de la Loi et contradictoirement,

- a dit les demandes de PERSONNE1.) recevables ;
- les a dit non fondées;

- a dit non fondée la demande de PERSONNE2.) en obtention d'une indemnité de procédure sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile;
- a dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du jugement intervenu;
- a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

### **Procédure**

Par exploit d'huissier du 29 décembre 2022, PERSONNE1.) a relevé appel contre le jugement du 7 décembre 2022, lequel n'a, d'après les éléments soumis à la Cour, pas fait l'objet d'une signification.

Aux termes de son acte d'appel, PERSONNE1.) demande de réformer le jugement n°NUMERO1.) du 7 décembre 2022, sauf dans la mesure où ce jugement a déclaré son action et ses demandes initiales recevables.

Quant au fond, elle demande qu'il soit statué conformément au dispositif de son assignation du 12 octobre 2022.

Elle réclame une indemnité de procédure d'au moins 25.000,- euros (première instance et appel confondus) conformément à l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, tel qu'interprété à la lumière de l'article 14 de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, et en tout état de cause, parce qu'il serait inéquitable de laisser à son unique charge les frais exposés aux fins de la défense de ses intérêts.

Elle conclut à la condamnation de la partie intimée au paiement des frais et dépens de l'instance et elle demande de déclarer l'arrêt à intervenir exécutoire au vu de la seule minute et, en tout état de cause, par provision, nonobstant opposition ou caution.

Lors de l'audience des plaidoiries, PERSONNE2.) a relevé appel incident en réitérant ses moyens d'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt né et actuel, pour cause de litispendance et pour défaut de qualité pour agir dans le chef de la partie appelante.

Il a demandé à se voir allouer la somme de 10.000,- euros à titre d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire et à voir condamner la partie appelante aux frais et dépens des deux instances.

### **Appréciation de la Cour**

Les appels principal et incident, introduits dans les formes et délai de la loi, sont à déclarer recevables.

Dans un souci de logique juridique, la Cour examinera en premier lieu le bien-fondé de l'appel incident de PERSONNE2.) aux termes duquel celui-ci oppose plusieurs moyens d'irrecevabilité à l'action introduite par PERSONNE1.).

## 1. L'appel incident

Concernant les moyens d'irrecevabilité soulevés par PERSONNE2.), la Cour analysera - toujours dans un souci de logique juridique - en premier lieu le moyen tiré de la litispendance qui n'est pas, tel qu'indiqué de façon erronée par l'intimé, une cause d'irrecevabilité de la demande, mais un moyen d'incompétence par extension, pour ensuite examiner le moyen tiré du défaut de qualité à agir dans de le chef de PERSONNE1.) et pour apprécier enfin l'existence d'un intérêt né et actuel dans le chef de celle-ci au moment de l'introduction de la demande en justice par l'exploit d'huissier du 12 octobre 2022.

### - Quant au moyen tiré de la litispendance

PERSONNE2.) rappelle qu'en date du 5 juillet 2022, PERSONNE1.) a saisi le juge des référés d'une action en cessation de tout acte de reproduction, d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public de la Photographie.

Il reproche à la partie appelante d'avoir introduit en date du 12 octobre 2022 dans la même affaire une nouvelle assignation sans se désister de celle qui n'avait pas fait l'objet d'une décision à ce moment.

Il y aurait dès lors litispendance et l'assignation du 12 octobre 2022 serait irrecevable.

L'article 262 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « *S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné.* »

L'exception de litispendance cherche à régler les conflits de compétence positifs et les risques de décisions de justice contradictoires ou même inconciliables (Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé, édition 2012, sub.793 et suivants).

Pour qu'il y ait litispendance, les deux demandes doivent avoir le même objet et être fondées sur la même cause, elles doivent exister entre les mêmes parties et elles doivent être portées devant deux tribunaux différents, l'un et l'autre compétent.

L'état de litispendance suppose dès lors qu'une affaire soit portée devant deux juridictions également compétentes pour en connaître et devant lesquelles de véritables instances ont été engagées (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure civile et commerciale, v° Litispendance, n° 15).

Force est de relever que les demandes sur base de la Loi ne figurent pas parmi le contentieux dévolu au Président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière de référé.

Comme le juge des référés n'est pas compétent pour connaître de la demande de PERSONNE1.), la condition tenant à la saisine de deux juridictions pareillement compétentes n'est pas donnée.

Il y a dès lors lieu à confirmation du jugement déferé sur ce point.

- Quant au moyen d'irrecevabilité de la demande de PERSONNE1.) tiré du défaut de qualité pour agir

PERSONNE2.) réitère son moyen tiré du défaut de qualité à agir de PERSONNE1.), au motif que celle-ci ne saurait prétendre être titulaire ou propriétaire des droits d'auteur exclusifs sur la Photographie.

En effet, cette Photographie aurait été créée, dirigée et divulguée par différentes maisons commerciales, dont MEDIA1.) et SOCIETE1.), et plusieurs personnes y auraient collaboré – l'une pour le style en général, une autre pour la coiffure, une troisième pour le bouquet de fleurs, une autre pour le make-up.

La photographe serait la personne qui aurait joué le dernier rôle alors qu' « *elle aurait pris en rafale la photo jusqu'à trouver le lucky moment où c'était OK pour la diffusion* ».

PERSONNE2.) en conclut que seul MEDIA1.) serait à l'origine de la Photographie.

Ce serait ainsi sous le nom de MEDIA1.) que la Photographie aurait été divulguée planétairement, et ceci avant la première publication par PERSONNE1.) en janvier 2018.

Eu égard aux considérations ci-avant que la Photographie aurait été créée, dirigée et divulguée par différentes maisons commerciales et que plusieurs personnes y auraient collaboré, il y aurait lieu d'appliquer les articles 5.1. et 6 de la Loi.

Il résulterait desdits articles de la Loi que PERSONNE1.) n'aurait aucune qualité pour agir et si elle devait avoir cette qualité, « *elle ne saurait prospérer seule en justice* ».

L'action introduite par exploit d'huissier du 12 octobre 2022 par PERSONNE1.) serait, par réformation de la décision déferée, à déclarer irrecevable.

PERSONNE1.) conclut à la confirmation du jugement du 7 décembre 2022 en ce qu'il a écarté le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité pour agir.

Sa qualité de titulaire des droits relatifs à la Photographie serait incontestable.

La Photographie ferait partie de son « portfolio » tel que représenté sur son site MEDIA4.) et sur le site de son agence qui règle les questions de licence et d'autorisations, de sorte qu'elle pourrait se prévaloir de la titularité des droits d'auteur

en vertu de l'article 7 de la Loi, ce que le juge de première instance aurait, par ailleurs, confirmé.

Pour cette raison, elle produirait les données techniques de *l'exchangeable image format* (EXIF) de la Photographie.

Ces données techniques seraient révélatrices de certains choix qu'elle aurait faits dans le cadre du *photo shoot*.

De plus, les métadonnées de la Photographie qui a été publiée sur le site *MEDIA5.*), dont l'extrait est versé par *PERSONNE2.*), indiqueraient explicitement que les droits d'auteurs de la Photographie lui appartiennent.

La Photographie n'aurait pas été publiée dans l'édition de novembre 2017 de *MEDIA1.*) ou dans une autre édition du magazine.

L'intimé ne communiquerait aucune pièce ayant comme source directe *MEDIA1.*), soit un extrait de l'édition concernée du magazine, soit un extrait du site Web de *MEDIA1.*) établissant que la Photographie y aurait été publiée.

Par ailleurs, toutes les publications invoquées par l'intimé seraient extraites de sites web dirigés vers un public chinois, de sorte qu'elles ne sauraient constituer une publication pertinente par rapport aux droits qu'elle fait valoir au Grand-Duché de Luxembourg.

En tout état de cause, et même à admettre que la Photographie ait été publiée sur le site *MEDIA1.*), tant la responsable dudit magazine que la styliste auraient confirmé que les droits d'auteur sur la photo lui appartiennent.

La qualité d'agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une action en justice pour faire reconnaître l'existence d'un droit méconnu ou contesté (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262). A qualité pour agir toute personne qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir. La qualité pour agir constitue pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation donnée.

Il est constant en cause que *PERSONNE1.*) a réalisé la Photographie à l'occasion d'un *photo shoot* pour l'édition vietnamienne de *SOCIETE2.*) de novembre 2017.

*PERSONNE1.*) affirme avoir la qualité d'auteur de la Photographie.

*PERSONNE2.*) invoque les articles 5.1 et 6 de la Loi et soutient que la photo disputée est une œuvre de collaboration, respectivement une œuvre dirigée, pour dire que *PERSONNE1.*) n'aurait aucune qualité pour agir et si elle devait avoir cette qualité elle ne pourrait pas prospérer seule en justice.

Afin d'étayer ses affirmations quant à un travail créatif concerté et conduit en commun sous l'impulsion de l'organisateur MEDIA1.) et de SOCIETE1.), PERSONNE2.) se prévaut notamment de deux captures d'écran, la première de la page *Linkedin* de PERSONNE3.), *fashion director* de SOCIETE2.) et la seconde d'une publication faite par l'appelante sur MEDIA6.) en date du 7 mai 2018, publication se rapportant au *shooting* en question et aux termes de laquelle elle admettrait que PERSONNE3.) a contribué au *set design*.

Il verse encore des captures d'écran du site internet du *make-up artist*, du coiffeur et de l'agence de mannequin en relation avec le *photo shooting* en question.

L'article 81 de la Loi dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « *Sans préjudice de la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile, le magistrat président cette Chambre, ordonne la cessation de tout atteinte aux droits d'auteur, à un droit voisin ou un droit sur une base de données sui generis, à la requête de tout intéressé, y compris un organisme autorisé en vertu de la présente loi à gérer les droits d'auteur ou des droits voisins.* »

Aux termes de l'article 7, « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée.* »

La Loi dispose encore en son article 6 qu'« *est dite "œuvre dirigée", l'œuvre créée par plusieurs auteurs à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale qui l'édite ou la produit et la divulgue sous son nom, et dans laquelle la contribution des auteurs participant à son élaboration est conçue pour s'intégrer dans cet ensemble. Sauf disposition contractuelle contraire, la personne physique ou morale sous le nom de laquelle l'œuvre dirigée a été divulguée est investie à titre originaire des droits patrimoniaux et moraux d'auteur sur l'œuvre.* »

L'article 5 de la Loi dispose que

« 1. *Lorsque les droits d'auteur sont indivis, leur exercice est réglé par convention. À défaut de convention, aucun des coauteurs ne peut les exercer isolément, sauf aux tribunaux à se prononcer en cas de désaccord.*

2. *Toutefois, chacun des coauteurs reste libre de poursuivre en son nom et sans l'intervention des autres, l'atteinte qui serait portée aux droits d'auteur et de réclamer des dommages et intérêts pour sa part à condition de mettre en cause les autres coauteurs.*

3. *Lorsque la contribution des coauteurs dans l'œuvre de collaboration peut être individualisée, chacun d'eux pourra, sauf convention contraire, exploiter isolément sa contribution personnelle pour autant que cette exploitation ne se fasse pas avec celle d'un autre coauteur et qu'elle ne porte pas préjudice à l'œuvre commune ».*

Le magistrat de première instance a correctement rappelé la notion et le régime des œuvres de collaboration ou des œuvres dirigées, de sorte que la Cour se rallie à ses développements.

Il résulte des pièces communiquées par PERSONNE1.), et notamment des pièces 9, 21 et 22 de la farde de 46 pièces de la société NautaDutilh, que la Photographie a été publiée sur le site internet et le compte *MEDIA6.)* de PERSONNE1.) le 10 janvier 2018.

Si, d'après les pièces n° 9 et n°15 de PERSONNE2.), la Photographie avait déjà été publiée sur un site chinois appelé *MEDIA5.)* au mois de décembre 2017, soit antérieurement à la publication de l'appelante, et si ce site mentionne comme source *MEDIA1.)*, toujours est-il que la mention de la source de l'image par ce site ne constitue pas une preuve suffisante permettant d'identifier « *celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée.*»

PERSONNE2.) ne verse aucune pièce ayant comme source directe *MEDIA1.)*, tel un extrait de l'édition concernée du magazine ou un extrait du site web de *MEDIA1.)*.

Il n'est dès lors pas établi que la Photographie ait été divulguée sous un autre nom que celui de PERSONNE1.).

Or, l'article 6 précité pose comme condition de l'œuvre dirigée que l'œuvre soit divulguée sous le nom de son initiateur.

Au vu des considérations ci-avant, ledit article ne saurait trouver application en l'espèce.

En conséquence, la Photographie ayant été divulguée sous le nom de PERSONNE1.), celle-ci en est présumée être l'auteur conformément à l'article 7 précité.

Concernant l'article 5 de la Loi, force est de relever qu'il découle de la lecture dudit article que si la Photographie est à qualifier d'œuvre de collaboration, chacun des coauteurs peut poursuivre en son nom et sans l'intervention des autres, l'atteinte portée aux droits d'auteur à condition de mettre en intervention en cause les autres coauteurs.

L'irrecevabilité de l'action découle dès lors, non pas d'un défaut de qualité pour agir du coauteur agissant seul, mais du défaut de mise en intervention des coauteurs.

Il incombe à PERSONNE2.) de prouver que PERSONNE1.) n'est pas seule auteur de la Photographie et que les autres intervenants à la réalisation de la Photographie ont la qualité de coauteur.

Si les pièces versées par l'intimé établissent que différentes personnes - styliste, coiffeur, fleuriste, *make-up artist*, agence de mannequin - étaient impliquées dans le *photo shoot*, elles ne démontrent ni que les contributions respectives de ces personnes dans le processus de réalisation de la Photographie ont excédé celles d'un simple exécutant technique, ni qu'il y a eu une véritable manifestation de personnalité de leur part.

L'intervention des coiffeur, fleuriste et *make-up artist* se situant essentiellement au niveau de la préparation du mannequin, n'établit pas une contribution créative et

originale desdits intervenants dans la conception visuelle de l'image et dans la réalisation de celle-ci.

Ni la capture d'écran de sa page *Linkedin* reprenant un descriptif général des fonctions de PERSONNE3.), *contributing fashion director* auprès de MEDIA1.), ni celle d'une publication faite par l'appelante sur MEDIA6.) en date du 7 mai 2018 se rapportant au *shooting* en question, ne permettent de conclure à une intervention à titre de coauteur de la part de PERSONNE3.), ce d'autant moins que le processus de réalisation d'une photographie ne se limite pas à la phase préparatoire.

Le descriptif des fonctions de PERSONNE3.) présente une mission de coordination générale et ne démontre pas une intervention de celle-ci dans le processus de la réalisation des photos en tant que tel.

Si PERSONNE3.) a assumé la supervision de la séance photo, cette tâche n'équivaut pas à une contribution à titre de coauteur dans la réalisation de la Photographie.

Force est de constater qu'aucun des prétendus coauteurs ne revendique des droits sur la Photographie.

Faute par PERSONNE2.) d'établir le caractère indivis de la Photographie réalisée par PERSONNE1.), le magistrat ayant siégé en première instance a écarté à juste titre l'irrecevabilité tirée de l'article 5 de la Loi.

Eu égard à sa qualité d'auteur, PERSONNE1.) est habilitée à agir sur base de l'article 81 de la Loi.

PERSONNE2.) ne s'est, par ailleurs, pas mépris sur la qualité d'auteur de PERSONNE1.) alors qu'il affirme avoir pris un engagement formel à son égard de ne pas exposer et/ou de vendre son œuvre arguée de contrefaçon.

Le jugement déféré est dès lors à confirmer en ce qu'il a écarté l'irrecevabilité tirée du défaut de qualité pour agir.

- Quant au moyen d'irrecevabilité de la demande de PERSONNE1.) tiré du défaut d'intérêt né et actuel

PERSONNE2.) conteste que la partie appelante justifie d'un intérêt né et actuel pour agir en cessation de la violation de ses droits d'auteur sur la Photographie, dès lors qu'il a retiré la toile litigieuse de l'exposition le 3 juin 2022, soit quelques jours avant la fin officielle de la Biennale de ADRESSE3.), et qu'il s'est engagé, aux termes d'un courrier de son mandataire du 10 juin 2022, à rendre le prix d'encouragement qui lui avait été attribué, à ne plus jamais exposer son œuvre et à éviter toute autre divulgation et à s'abstenir de vendre l'œuvre.

L'intérêt de l'appelante devrait être né et actuel.

Le juge ne pourrait pas sans circonstances particulières, tel que ce serait le cas en l'espèce, supputer sur ce qui pourrait encore arriver dans un avenir plus ou moins rapproché ou lointain.

Il ne pourrait prendre en considération un intérêt éventuel ou passé.

Le juge de première instance aurait dès lors à tort tenu compte d'un risque futur d'une nouvelle atteinte aux droits d'auteur allégués de PERSONNE1.) pour dire qu'il y a, en l'espèce, un intérêt né et actuel dans le chef de cette dernière.

La demande de PERSONNE1.) du 12 octobre 2022 serait dès lors, par réformation du jugement déferé, à déclarer irrecevable.

PERSONNE1.) conclut à la confirmation de la décision entreprise en ce qu'elle a rejeté le moyen tiré du défaut d'un intérêt né et actuel dans son chef.

Quiconque forme une demande en justice doit justifier d'un intérêt; si l'exercice d'une action n'est pas susceptible d'offrir une certaine utilité à celui qui en prend l'initiative la demande doit être déclarée irrecevable et rejetée sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le bien-fondé (SOLUS & PERROT : Droit judiciaire privé, tome I, n° 223, Sirey, 1961).

Il y a intérêt né et actuel à agir pour prévenir un préjudice futur si ce dernier a un caractère suffisant du fait de son imminence ou de sa probabilité ( Cass. req., 1er juin 1932, 3 arrêts : DP 1932, 1, p. 102, Rapp. Pilon. - Cass. civ., 19 mars 1947 : D. 1947, p. 313. - Cass. com., 25 juin 1951 : S. 1953, 1, p. 1, note Cohen. - Cass. com., 5 févr. 1985 : Bull. civ., IV, n° 45 ; JCP G 1985, IV, 147 . - Cass. soc., 12 févr. 1970 , V. n° 57 , dans un cas où l'action avait aussi un aspect déclaratoire. - Cass. soc., 2 juin 1992 : RTD civ. 1993, p. 385 , obs. Gautier, JurisClasseur Procédure civile - Encyclopédies - Fasc. 500-75 : ACTION EN JUSTICE. – Recevabilité. – Conditions subjectives. – Intérêt - Jurisclasseur Procédure civile, fascicule 500-75, Action en justice-Intérêt, § 62).

La Cour approuve le magistrat ayant siégé en première instance en ce qu'il s'est rallié pour l'analyse du moyen à la jurisprudence en matière d'action en cessation prévue en matière de concurrence déloyale au motif que ces dispositions légales présentent de nombreuses similitudes avec l'article 81 de la Loi.

En vertu de la jurisprudence rendue en cette matière, l'action en cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale n'est irrecevable que lorsque l'acte a pris fin et que les circonstances indiquent qu'il n'est plus susceptible de se reproduire.

L'intimé reproche au juge de première instance d'avoir négligé, dans sa motivation de rejet du moyen en question, son engagement formel du 10 juin 2022 de ne plus jamais exposer la toile arguée de contrefaçon et de ne pas la vendre.

Il est constant en cause que PERSONNE2.) est toujours en possession de l'œuvre litigieuse.

L'engagement auquel l'appelant se réfère figure dans un courrier du 10 juin 2022 de l'étude d'avocat Vogel en réponse à la mise en demeure du mandataire de PERSONNE1.) de faire cesser la violation de ses droits d'auteur.

Tant la mise en demeure du 10 juin 2022 que le courrier en réponse sont versés comme pièces par le mandataire de PERSONNE2.).

Aux termes de son acte d'appel, le mandataire de la partie appelante mentionne de façon incidente sous la rubrique « les faits qui ont donné lieu à la naissance du présent litige » que son courrier du 10 juin 2022 serait couvert par la confidentialité de la correspondance entre avocats, sans en tirer une quelconque conclusion en droit quant à l'admissibilité de cet échange à titre d'élément probant, voire sans en demander le rejet.

Dès lors, la Cour en tiendra compte.

Il résulte du point a. du courrier du 10 juin 2022 émanant de l'étude d'avocat Vogel que l'analyse du mandataire de PERSONNE1.) quant à une violation des droits d'auteur est contestée.

Sous le point c. dudit courrier, il est indiqué que

*« Ma partie a enlevé la toile de l'exposition.*

*Il ne la vendra jamais.*

*Elle ne sera plus jamais exposée.*

*Il a été au pilori des semaines durant, suite à une campagne de lynchage sans précédent.*

*Je suis d'avis que cela suffit.*

*Il ne fera pas d'autres efforts. »*

Force est de constater que ce courrier qui n'est pas un courrier officiel, ne comporte ni la signature de PERSONNE2.), ni celle de son mandataire, le courrier ayant été signé par une personne non autrement identifiée avec la mention « *pour Maître Vogel empêché* ».

Le courrier du 10 juin 2022 précité ne présente pas des garanties suffisantes pour exclure une nouvelle atteinte aux droits d'auteur de la partie appelante - à les supposer établis.

Au contraire, l'attitude ambiguë de PERSONNE2.) face au reproche d'une violation des droits d'auteur par PERSONNE1.) rend une nouvelle atteinte probable.

Il n'est dès lors pas établi que l'atteinte ait définitivement et certainement cessé et que la demande ait perdu son objet.

Par ailleurs, il résulte *expressis verbis* des termes de l'acte introductif d'instance que la demande de PERSONNE1.) tend à titre principal à la destruction de l'œuvre litigieuse.

Or, l'intimé ne soutient pas avoir détruit sa peinture à la suite de son retrait de l'exposition.

Il y a dès lors lieu de confirmer le jugement du 7 décembre 2022, par adoption de ses motifs, en ce qu'il a écarté le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut d'un intérêt né et actuel dans le chef de PERSONNE1.).

#### - Conclusions

Eu égard aux considérations ci-avant, l'appel incident de PERSONNE2.) est à déclarer non fondé et le jugement *a quo* est à confirmer en ce qu'il a écarté les moyens d'irrecevabilité opposés par celui-ci à la demande de PERSONNE1.).

#### 2. L'appel principal

PERSONNE1.) reproche à PERSONNE2.) une violation de ses droits d'auteur au sens des articles 3 et 4 de la Loi et demande à la Cour d'ordonner, par réformation du jugement du 7 décembre 2022, la cessation de l'atteinte à ses droits.

#### - Quant aux conditions d'application de la Loi

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi, « *les droits d'auteur protègent les œuvres littéraires et artistiques originales, quels que soit le genre et la forme ou l'expression, y compris les photographies, les bases de données et les programmes d'ordinateur* ».

Pour bénéficier de la protection de la Loi, une œuvre doit

- être exprimée dans une certaine forme qui permet sa communication au public, l'idée n'étant pas protégeable,
- être originale, c'est-à-dire qu'elle est « *une création intellectuelle propre à son auteur* » dont elle « *reflète la personnalité* » et que l'auteur « *a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs* » (cf. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, éd. Larcier, 5<sup>ème</sup> édition, n° 29).

Toute création est susceptible d'être protégée pourvu qu'elle ressortît du domaine artistique ou littéraire.

#### - *La mise en forme*

PERSONNE2.) soutient que la Photographie ne serait pas un original artistique, mais une infinité de copies, motif pris qu'elle n'existe qu'en forme numérique.

Il faudrait dès lors réexaminer le jugement du 7 décembre 2022 sur la condition de mise en forme.

L'œuvre doit avoir pris une certaine forme pour pouvoir bénéficier de la protection de la Loi.

La Loi précise en son article 1<sup>er</sup> alinéa 2 « *Ils [les droits d'auteur] ne protègent pas les idées, les méthodes de fonctionnement, les concepts ou les informations, en tant que tels.* »

L'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fait référence aux notions de « forme » et d'« expression ». Or, une œuvre n'est forme, n'est expression que si son auteur l'a extériorisée de manière qu'elle soit susceptible d'être perçue par autrui.[...] Il importe peu que la forme ou l'expression conférée par l'œuvre ait une quelconque permanence. En d'autres termes, il importe peu si l'œuvre est matériellement fixée ou non (J.-L. PUTZ, *Le droit d'auteur*, Promoculture Larcier, 2013, n° 93 et 94).

La photographie peut être communiquée sous une forme matérielle quelconque : de la plaque de verre au celluloïd, du noir et blanc à la couleur, du négatif au positif...; ou sous une forme immatérielle (A. Latreille, *La création photographique face au juge*, p. 126, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique - Encyclopédies - Fasc. 1150 : OBJET DU DROIT D'AUTEUR. – Oeuvres protégées. Protection des photographies, CPI. art.112-2, §21*).

Il n'importe dès lors pas que la Photographie n'existe qu'en forme numérique.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce qu'il a retenu que la condition tenant à la mise en forme de l'œuvre est remplie en l'espèce alors que la Photographie a été matérialisée sur un support perceptible par l'homme.

- *L'originalité*

PERSONNE1.) demande, par réformation de la décision déferée, de dire que le caractère original de sa Photographie est établi en l'espèce et que la Photographie est dès lors protégée par la Loi.

Elle expose en premier lieu qu'elle serait une photographe connue pour un style artistique unique qui lui serait propre et une spécialisation dans les portraits artistiques qui sont composés et travaillés d'une telle façon à ce qu'ils ressemblent à une peinture et se trouvent à la croisée du classicisme oriental et de la modernité occidentale.

Ses créations auraient été présentées dans des expositions et son travail dans la presse comme celui d'une artiste.

Finalement, l'Université de ADRESSE4.) où PERSONNE2.) serait étudiant, tout comme la SOCIETE3.) (SOCIETE3.)), auraient reconnu la valeur de ses photographies.

Sa spécialisation dans les portraits et sa touche personnelle feraient également d'elle une enseignante acclamée dans la matière.

Au vu de ces éléments, on ne pourrait douter du caractère original de sa photographie.

Afin d'expliquer précisément l'originalité de son œuvre, PERSONNE1.) relève que la Photographie dénote un travail particulier sur le choix des couleurs, de l'éclairage, du maquillage et des vêtements du modèle ou encore de l'ajout d'un bouquet de fleurs au coloris en contraste avec le reste du portrait.

Aux termes de sa pièce intitulée « description du procédé de création de la Photographie », elle explique d'abord son rôle lors du *photo shooting* qui aurait été un rôle combiné d'*art director* et de photographe, puis elle précise pour chaque étape du processus de réalisation de la Photographie les choix opérés pour arriver au résultat final souhaité.

Le travail créateur sur les différents aspects découlerait de source en voyant la Photographie.

Elle considère que le juge de première instance aurait mis la barre pour la preuve d'originalité en droit luxembourgeois extrêmement haute, d'une manière non conforme à la jurisprudence de la CJUE.

Il aurait à tort considéré ses explications écrites et orales comme étant trop générales et aurait minimisé son travail de *post-production* et ses choix faits à ce stade-là.

Il aurait encore accordé une importance particulière à la pose du modèle et au caractère peu original de celle-ci au vu de certains antécédents.

L'appelante fait observer qu'elle ne réclamerait pas les droits d'auteur sur une pose particulière, mais sur la photo en sa globalité.

Elle fait rappeler que l'originalité d'une œuvre devrait s'apprécier dans son ensemble au regard de la combinaison des différents éléments même banals, la composant.

Ainsi, le fait qu'une pose particulière ne serait pas en soi originale ne ferait pas à elle seule obstacle à l'originalité de l'œuvre.

Une œuvre protégeable pourrait très bien consister d'éléments qui, pris séparément, seraient banals, mais dans la combinaison d'ensemble seraient originaux.

Le caractère prétendument commercial ou publicitaire de la Photographie ne ferait pas obstacle à sa protection sur base de la Loi.

PERSONNE2.), de son côté, soutenant que la Photographie ne serait ni une œuvre d'art, ni un produit original, mais une pure information publicitaire à la portée de tout le monde, conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs quant au défaut d'originalité de la Photographie.

Il conteste les explications de la partie appelante laquelle, au regard des pièces versées en cause, aurait été la dernière dans la chaîne des faiseurs d'image, la Photographie ayant été le fruit d'un travail collectif.

Soutenant que PERSONNE3.) était en charge des vêtements SOCIETE1.), avait la supervision lors du *shooting* et avait défini le style, voire la vision artistique, la photographe n'aurait eu aucune liberté créative, élément pourtant essentiel dans le cadre de la philosophie générale de l'original.

Il soutient ensuite que la Photographie n'aurait rien d'original et relèverait de l'imitation du style d'œuvres du XIXe siècle.

Ainsi, la Photographie suivrait en tous points un schéma de représentation préétabli par la tradition du portrait peint, mettant en scène une femme dans une position précise, séduisante et en dialogue avec des fleurs.

Eu égard aux contestations de PERSONNE2.), il appartient à PERSONNE1.) de rapporter la preuve de l'originalité de la Photographie.

Tel que l'a rappelé le juge de première instance, lorsque la protection au titre du droit d'auteur 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.

En l'espèce, l'œuvre est une photographie de portrait faisant partie d'une série de photographies ayant pour thématique les fleurs, réalisée pour le magazine de mode MEDIA1.).

La Photographie montre une jeune femme d'origine asiatique sur un arrière-plan vert foncé. Les épaules tournées vers la gauche, elle est montrée de trois quarts dos. Sa tête effectue une rotation vers la gauche laissant entrevoir son visage de trois quarts. Elle fixe le spectateur du regard. Son vêtement d'une couleur vert pâle tombe sur ses épaules et son dos dénudés et elle tient un bouquet de fleurs. Elle est assise sur une chaise en bois foncé visible en bas du côté droit de l'image.

Une photographie de portrait est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'une telle photographie 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 (CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2011, C-145/10, n°90-94).

L'argument de PERSONNE2.) tiré du prétendu caractère publicitaire de la Photographie pour lui dénier d'emblée son originalité est à rejeter, le matériel publicitaire étant protégé comme n'importe quelle autre création (A. Berenboom, op.cit., n°45).

Le mérite ou les qualités esthétiques de l'œuvre ne sont pas des critères opérants pour l'appréciation de son originalité sur le plan juridique.

Ce qui importe est la démarche de l'auteur dans la réalisation de son œuvre pour rechercher l'empreinte de sa personnalité.

La Cour rappelle que la protection d'une photographie par le droit d'auteur est conditionnée par la liberté créatrice du photographe.

Ainsi, la Photographie ne saurait être protégée dans le cas où la directrice artistique de MEDIA1.), PERSONNE3.), tel que soutenu par PERSONNE2.), aurait imposé ses choix pour le thème, le lieu, les vêtements et la mise en scène du *photo shooting* à PERSONNE1.), dont le rôle aurait été limité à celui d'un simple exécutant.

PERSONNE1.) se rapporte à plusieurs attestations testimoniales afin d'établir que son rôle lors de la séance photo en question était celui de photographe et de *set designer* et qu'elle avait toutes les libertés dans la réalisation de la Photographie.

PERSONNE2.) conteste la recevabilité des attestations testimoniales pour défaut de conformité à l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile et pour être des attestations de pure complaisance.

La Cour constate que les *declarations on honor* versées en cause, mise à part celle de la *make-up artist*, sont toutes dactylographiées.

Elles comportent cependant la signature des parties déclarantes.

Une copie des pièces d'identité des différents déclarants est jointe.

Les qualités et le rôle des différents déclarants de même que la mention de leurs auteurs d'avoir connaissance qu'une fausse déclaration risque de les exposer à des sanctions pénales figurent auxdites déclarations.

Les formalités édictées par l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas prescrites à peine de nullité et il appartient aux juges d'apprécier si une attestation, qui n'est pas établie selon les règles de l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile, présente des garanties suffisantes pour emporter sa conviction.

Le juge de première instance avait notamment écarté les attestations testimoniales de PERSONNE3.), *contributing art director* de MEDIA1.), et de PERSONNE4.), *founder and Editor-in-Chief* de MEDIA1.), au motif que les pièces d'identité jointes auxdites attestations ne comportaient pas la signature de leur porteur mettant le tribunal dans l'impossibilité de comparer les signatures figurant sur les

attestations avec celles figurant sur les pièces d'identité, de sorte que les attestations ne comportaient pas des garanties suffisantes pour emporter sa conviction.

Compte tenu du fait que l'appelante verse actuellement les pièces d'identité avec la signature de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) permettant de constater qu'elles sont identiques avec celles figurant sur leurs déclarations sur l'honneur, la Cour considère que lesdites attestations ne sont pas à écarter.

Les autres attestations testimoniales accompagnées des pièces d'identité portant la signature de leurs porteurs sont également recevables.

PERSONNE1.) explique qu'elle a pu faire des choix créatifs en raison de son rôle combiné d'*art director* et de photographe.

PERSONNE3.) atteste que « *Ms. PERSONNE1.) was the photographer and art director in charge of the cover of the November 2017 MEDIA1.) and other pictures of Asian models in the very same edition. On the cover featured is the South-Korean model Park Ji Hye. [...]*

*I was a Contributing Fashion Director to MEDIA1.) at that time, I was responsible as a stylist but also to book supermodels, celebrities, and premier photographers for those photoshoots.*

*Known for her unique and beautiful fine art portraits, I wanted Ms. PERSONNE1.) to photograph the November 2017 MEDIA1.) photoshoot with her own original style.*

*I was the stylist in the photoshoot, during which Ms. PERSONNE1.) assumed not only the role of the photographer, but also that of an art director. As to the styling, Ms. PERSONNE1.) made important decisions, for an example when she decided to pull down the collar of the coat to reveal the left shoulder and the model's upper back. She also directed the pose in detail, the arrangement of the flowers, the look of the model and facial expression, as well as the particular hair and make-up with the hair tied up in a bun at the back of the model's head leaving a few selected strands carefully falling over and sides her face. » [...]*

PERSONNE5.) déclare: [...] « *I was the make up artist in the MEDIA1.) November 2017 cover photoshoot, during which Ms. PERSONNE1.) did not only assume the role of photographer but also of art director. Ms. PERSONNE1.) gave me instructions on the type of makeup she wanted. She went for a matte texture for the model's skin in order to avoid shininess, with exception only to some specific places such as the cheek bones of the model. The eyeshades and lip colors were applied and adjusted to Ms. PERSONNE1.) directions in order to achieve the final look ass seen in the photography.*

»

Les déclarants PERSONNE6.) et PERSONNE7.), qui affirment tous les deux avoir été *photo assistant* lors du *photo shooting* pour la couverture de l'édition de novembre 2017 de MEDIA1.), confirment que PERSONNE1.) était le *art and creative director* de même que la photographe lors du *shooting* en question.

Dans la mesure où les autres déclarants n'ont pas assisté au *photo shoot* concernant le présent litige, leurs déclarations ne sont pas pertinentes dans l'analyse des choix libres et créatifs de PERSONNE1.) dans le processus de réalisation de la Photographie.

Il ressort des déclarations citées ci-dessus que PERSONNE3.) en sa qualité de *Contributing Fashion Director* to MEDIA1.) était responsable de certains choix en amont du *photo shooting*, et notamment du choix des mannequins et du photographe.

PERSONNE3.) déclare avoir choisi PERSONNE1.) comme photographe en raison de son style particulier.

Même à admettre l'existence de directives de la part de MEDIA1.), respectivement de sa styliste, l'existence de directives partielles ou globales n'est pas exclusive de la protection, dès lors que le photographe conserve une part de liberté dans les choix qu'il réalise ( CA Paris, 4e ch. A, 30 mars 2005 : RTD com. 2005, p. 717 , obs. F. Pollaud-Dulian).

Aucun des témoins attestateurs, PERSONNE8.), PERSONNE9.) et PERSONNE10.) n'a déclaré que PERSONNE1.) aurait agi lors de la séance photo sur instructions précises de PERSONNE3.).

Au contraire, ils ont confirmé que l'appelante dirigeait l'équipe présente lors du *photo shooting*.

La publication faite par l'appelante sur MEDIA6.) en date du 7 mai 2018 se rapportant au *shooting* en question félicitant PERSONNE3.) en indiquant « *She brings on the table not only the utmost beautiful aesthetics and visions, but also a great work ethic with efficient time and budget management skills that are vital to every project and production* » ne permet pas de conclure à une absence de liberté créative dans le chef de PERSONNE1.), ce d'autant moins que celle-ci a été précisément engagée pour apporter ses idées créatrices et pour imprégner la photo de son style particulier.

Eu égard aux déclarations des témoins attestateurs suivant lesquelles PERSONNE1.) a assumé non seulement le rôle de photographe, mais encore celui d'*art director* et suivant lesquelles elle a fait des choix concernant la mise en scène, le maquillage, le port du vêtement, la pose et l'expression du mannequin, il est établi qu'elle n'a pas fait qu'exécuter des choix imposés par MEDIA1.), respectivement par PERSONNE3.), mais qu'elle a gardé une part de liberté dans ses choix.

Or, un choix ne peut en lui-même être confondu avec l'originalité. Les choix doivent révéler la personnalité du créateur pour qu'ils puissent justifier la protection par le droit d'auteur (JurisClasseur Civil Annexes - Encyclopédies - V° Propriété littéraire et artistique - Fasc. 1135 : OBJET DU DROIT D'AUTEUR. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2, §35)

Ainsi, pour pouvoir être qualifiée d'originale, l'œuvre doit encore porter l'empreinte de son auteur.

PERSONNE2.) soutient qu'en l'espèce, la Photographie relèverait de l'imitation du style d'œuvres du XIXe siècle et n'aurait rien d'original.

Si, tel que l'a également relevé le juge de première instance, la pose choisie, en l'occurrence, la position de trois-quarts de dos, est une pose classique, et donc pas nouvelle, cela n'exclut pas l'originalité.

En effet, une œuvre n'a pas besoin d'être nouvelle pour pouvoir être originale.

Il suffit qu'elle soit empreinte de la personnalité de son auteur.

Par ailleurs, la banalité d'un élément qui compose l'œuvre, pris isolément, ne peut justifier que l'originalité soit écartée. Il faut apprécier l'ensemble des choix créatifs et c'est dans leur combinaison que peut apparaître l'originalité (en ce sens, Cass. 1re civ., 12 sept. 2018, n° 17-08.390, Cass. 1re civ., 24 oct. 2018, n° 16-23.214).

Comme mentionné ci-avant, PERSONNE1.) a été choisie pour réaliser les photographies pour la couverture de l'édition de novembre 2017 de MEDIA1.) en raison de son style particulier consistant à réaliser des photos de portrait ressemblant à des peintures.

L'appelante verse encore de nombreuses photos afin de permettre de cerner sa personnalité de photographe et de démontrer que l'empreinte de sa personnalité se retrouve dans la Photographie.

Quant à ses choix pris dans la phase préparatoire, elle insiste sur ses décisions au niveau de la mise en scène, de la pose de la personne à photographier et des accessoires, tout en mettant l'accent sur la tenue exacte du vêtement et de son drapage, le choix de la couleur, du volume et de la tenue exacte des fleurs, de la coiffure et du maquillage, et finalement de l'expression du visage du mannequin.

Elle expose encore ses choix au niveau de l'éclairage et la colométrie caractérisant encore l'originalité de la photo.

Lors de la prise de photographie, PERSONNE1.) explique le choix de l'objectif pour la caméra, en l'occurrence un objectif de 80-160 mm et une longueur focale à 130 mm afin de contribuer à l'impression de la qualité picturale de la photo et généralement inhabituelle dans la photographie de portrait.

Elle énonce encore sa façon de travailler sur l'angle et la position de l'appareil photo pour expliquer son choix en l'espèce d'un angle légèrement plus élevé pour que le visage soit légèrement incliné vers le bas que l'éclairage se concentre principalement sur la moitié de son visage tout en exposant le reste des éléments de l'image et en gardant l'autre moitié dans l'ombre afin d'ajouter un sentiment de mystère.

PERSONNE1.) insiste ensuite sur son travail post-production, totalement minimisé par le juge de première instance.

Ce travail ne se serait pas limité à quelques retouches ou à des adaptations de saturation, mais aurait comporté un travail sur les couleurs et les niveaux d'ombre afin d'arriver à un niveau de qualité dans les basses lumières et les ombres profondes d'une manière aussi picturale que possible pour cette photo.

À la suite de ce travail, elle aurait apporté des touches artistiques à la photo pour accentuer l'effet pictural du portrait.

La Cour constate en premier lieu que les métadonnées du cliché de la Photographie indiquent que les paramètres étaient choisis manuellement par la photographe, contredisant ainsi les soutènements de PERSONNE2.) que celle-ci se serait limitée à appuyer le déclencheur de l'appareil photographique.

La personnalité du photographe peut se révéler tant par les choix effectués dans la mise en scène de la photographie, de la pose ou de l'éclairage que par les choix techniques, tels le choix des objectifs, de la focale, de l'ouverture et de la vitesse d'obturation, le choix d'un filtre ou d'une pellicule spécifique ou encore par les choix postérieurs au tirage.

La Photographie est, en l'espèce, caractérisée par la présentation d'une jeune femme de trois quarts de dos, ses cheveux légèrement désordonnés encadrant son visage à moitié éclairé, à moitié dans l'ombre, attirant l'attention sur son regard intense.

La vivacité du regard du mannequin se trouve en contraste avec l'aspect pictural de la Photographie.

Cet effet particulier a été obtenu par PERSONNE1.) grâce à ses choix au niveau de la composition de la Photographie, dont la mise en scène, l'éclairage et la colométrie, en combinaison avec ses décisions d'ordre technique, dont le choix de l'objectif et de la longueur focale, ainsi que de l'angle de prise de vue.

Cet effet est encore caractéristique de l'œuvre de PERSONNE1.).

Malgré la banalité de certains éléments de la Photographie pris individuellement - la pose, le bouquet de fleurs, les vêtements simples, l'arrière-fond foncé - PERSONNE1.) a démontré de manière adéquate ses choix libres et créatifs au vu de l'effet pictural final, et donc un degré d'originalité suffisant de la Photographie prise dans son ensemble.

Eu égard aux considérations ci-avant, la Cour considère que ces choix librement opérés traduisent, au-delà du savoir-faire d'un professionnel de la photographie, une démarche propre à son auteur qui porte l'empreinte de la personnalité de celui-ci.

La Photographie revendiquée est dès lors, par réformation du jugement *a quo*, à qualifier d'originale et peut ainsi bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur.

- Quant à l'atteinte par PERSONNE2.) aux droits d'auteur de PERSONNE1.)

PERSONNE2.) conteste le reproche de contrefaçon.

Il se serait inspiré de la Photographie pour son tableau qui aurait modifié et transcrit le matériel visuel initial pour l'intégrer dans son diptyque intitulé « *Turandot* ».

Son œuvre témoignerait d'un concept propre, unique et véritablement original.

Il soutient que le tableau « *Turandot* » serait une production purement artistique, à laquelle le qualificatif de plagiat ne serait pas applicable.

Se rapportant enfin à une décision de justice rendue par le tribunal du Landgericht Berlin en date du 2 novembre 2021 dans une affaire Eder/Conway et à l'exception prévue à l'article 10 point 6 de la Loi, PERSONNE2.) se prévaut de la liberté de l'artiste pour conclure au rejet de la demande.

Il conclut au rejet des questions préjudicielles concernant l'article susmentionné que la partie appelante entend, le cas échéant, soumettre à la CJUE pour manque de pertinence.

PERSONNE1.) rappelle que selon la jurisprudence, la contrefaçon et la violation des droits d'auteur s'apprécient d'après les ressemblances avec l'œuvre originale et non pas d'après les différences.

En l'espèce, il existerait de fortes ressemblances entre le tableau réalisé par PERSONNE2.) et la Photographie, et ce au niveau :

- de la robe portée par le modèle, du soutien de la robe au niveau des épaules et des différents plis de la robe,
- de la façon dont les cheveux du modèle tombent sur le visage,
- de l'arrière-plan foncé,
- de la physionomie exacte du modèle,
- de la pose quoiqu'inversée,
- de la composition exacte des fleurs tenues par le modèle.

Le fait que le tableau en question ferait partie d'un diptyque n'importerait pas, dès lors que l'œuvre de l'appelante resterait reconnaissable.

Uniquement dans le cas où la Photographie n'aurait plus été reconnaissable dans une œuvre plus large, une violation des droits d'auteur pourrait être exclue.

Lors de l'exposition de la 11<sup>ième</sup> Biennale à ADRESSE3.), le caractère individuel de ce tableau aurait été davantage manifeste que l'autre partie du diptyque se serait trouvée à une certaine distance.

Dans la mesure où PERSONNE2.) aurait seulement reproduit l'œuvre première sans démarche créatrice réellement convaincante, sa façon de faire ne saurait être comparée à celle de PERSONNE1.).

Celui-ci aurait créé un tableau démontrant des différences significatives et créatives par rapport de l'œuvre dont il s'était inspiré.

Par ailleurs, l'article 10 (6) de la Loi ne pourrait être invoqué que lorsqu'il y un « *but de railler l'œuvre parodiée* » et seulement lorsque « *les éléments strictement nécessaires à la caricature* » auraient été repris.

Au besoin et en cas de doute quant à l'étendue exacte de l'exception de « *pastiche* » de l'article 10 (6) de la Loi, PERSONNE1.) demande de poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne :

*" L'article 5, paragraphe 3, lettre k) de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information s'oppose-t-il à une législation nationale, comme l'article 10 (6) de la Loi luxembourgeoise du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données (telle que modifiée), qui prévoit qu'un recours à l'exception du « pastiche » en droit d'auteur national n'est possible que si l'œuvre postérieure a pour « but de railler l'œuvre parodiée » et reste limitée aux « éléments strictement nécessaires » pour atteindre ce but ?*

*Dans la positive, l'exception du « pastiche » au sens de l'article 5, paragraphe 3, lettre k) de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information requiert-elle une référence explicite à l'œuvre imitée et une interprétation critique, lesquelles peuvent être reconnues par une personne moyenne avertie ? "*

La contrefaçon se définit comme toute violation d'un droit de propriété intellectuelle et notamment celle d'un droit d'auteur.

Pour rechercher s'il y a contrefaçon de l'original ou nouvelle création, il y a lieu de rechercher si l'objet qualifié de contrefaçon a emprunté des attributs à l'œuvre protégée, attributs qui caractérisent son originalité. Ainsi, la contrefaçon s'apprécie d'après les ressemblances avec l'œuvre originale et non pas d'après les différences (J.-L. PUTZ, op.cit. n°250).

PERSONNE2.) admet s'être inspiré de la Photographie dans la réalisation de son œuvre « *Turandot* ».

Il est constant en cause que l'œuvre de PERSONNE2.) est un diptyque consistant en deux panneaux.

Le premier représente la princesse Turandot en pose de trois quarts dos, tournée vers la droite dans un vêtement bleu clair, fixant le spectateur du regard. Elle porte une boucle

d'oreille avec une pierre précieuse rouge. Dans son bras droit, elle tient un bouquet de fleurs et à gauche, on aperçoit la manche d'un *dadao*.

Le second panneau montre une tête coupée d'un jeune homme sur un plateau couvert de sang et un morceau de tissu rappelant le vêtement porté par la princesse.

L'arrière-fond de chaque panneau présente un *tondo*.

Quant à Photographie, la Cour renvoie à sa description reprise ci-avant.

Force est de constater que PERSONNE2.) a copié la physionomie de la jeune femme, le jeu d'ombre sur son visage, le regard fixé sur le spectateur, la coiffure, la pose de trois quarts, le port du vêtement ainsi que son drapage et la composition exacte du bouquet de fleurs.

L'aspect d'œuvre peinte de la Photographie se retrouve nécessairement dans l'œuvre peinte de PERSONNE2.) et renforce la ressemblance entre les deux œuvres.

Les modifications apportées par PERSONNE2.), en l'occurrence, l'inversement de la pose, le changement de la couleur du vêtement, le remplacement de la chaise par le manche d'un *dadao*, l'ajout d'une boucle d'oreille et l'arrière-fond en *tondo* ne permettent pas d'évincer les ressemblances avec la Photographie réalisée par PERSONNE1.).

Le fait que le diptyque comporte une deuxième unité, constituant ensemble avec celle de la princesse, l'œuvre de l'intimé, ne porte pas à conséquence alors que le tableau qui est fondé sur l'œuvre de PERSONNE1.) est bien reconnaissable et physiquement détaché du second panneau.

Dès lors que la combinaison des éléments ayant permis de qualifier la Photographie d'œuvre originale a été empruntée par PERSONNE2.), la Cour vient à la conclusion que la reproduction de ce dernier viole les droits d'auteur de PERSONNE1.).

La prise en considération de la liberté d'expression ne peut conduire à une remise en cause du monopole de l'auteur d'interdire la reproduction et la communication de son œuvre, sauf les cas où celles-ci sont justifiées par l'application d'une exception légale (A. Berenboom, op.cit, n° 86d).

L'intimé qui ne soutient pas avoir recréé l'œuvre de PERSONNE1.) dans l'intention de la parodier, ne saurait bénéficier, au motif de la liberté d'expression, de l'exception prévue à l'article 10 (6) de la Loi.

En conséquence, en exposant publiquement et en offrant en vente l'œuvre « *Turandot* » sans l'accord de PERSONNE1.), PERSONNE2.) a porté atteinte aux droits de l'appelante sur la Photographie.

Il s'ensuit que, par réformation de la décision entreprise, il convient d'admettre que PERSONNE2.) a commis une atteinte aux droits d'auteur dont PERSONNE1.) est titulaire.

- Quant à la demande en cessation de la violation des droits d'auteur

La demande de PERSONNE1.) à voir ordonner la cessation de tout acte de reproduction, ce qui revient, selon elle, à la destruction du tableau déjà confectionné, d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public reprenant les éléments essentiels de la Photographie tend à la cessation de la violation de ses droits d'auteur.

Elle demande encore d'assortir cette cessation d'une astreinte de 1.000,- euros par jour et par violation constatée à compter du prononcé de la décision à intervenir, sinon de la signification de la décision à intervenir, jusqu'à un montant maximum de 100.000,- euros, sinon tout autre montant.

PERSONNE2.) soutient avoir retiré son œuvre de l'exposition et de s'être engagé à ne l'exposer plus jamais et à ne pas la vendre, de sorte que la demande en cessation serait sans objet.

Il n'est pas établi que PERSONNE2.) se livre à d'autres reproductions de la Photographie que celle d'ores et déjà confectionnée.

Dans la mesure où la demande en cessation, et une éventuelle injonction à intervenir n'est pas dépourvue de tout objet tant qu'il existe un risque que l'atteinte aux droits d'auteur est susceptible de se reproduire (J.-L. PUTZ, op.cit. n°681), il y a lieu d'ordonner la cessation de l'atteinte aux droits d'auteur de l'appelante en faisant interdiction à PERSONNE2.) de divulguer au public ou de céder sous quelque forme que ce soit le panneau de son œuvre « *Turandot* » représentant la princesse Turandot.

Il convient encore d'assortir l'interdiction d'une astreinte de 1.000,- euros par jour et par violation constatée, le montant maximal de l'astreinte étant limité à 100.000,- euros.

Considérant que cette mesure met de façon suffisante fin à la situation illicite, il n'y a pas lieu d'ordonner la destruction de l'œuvre « *Turandot* ».

- Quant à la publication/ à l'affichage du dispositif de l'arrêt conformément à l'article 81 de la Loi

PERSONNE1.) demande la publication et l'affichage du dispositif de l'arrêt, aux frais de PERSONNE2.), dans le « *MEDIA2.)* » et dans la version en ligne du magazine « *MEDIA3.)* » dans les dimensions normalement applicables, ce sous peine d'astreinte.

Elle soutient que la publication et/ou l'affichage s'impose pour contrebalancer les positions incorrectes que PERSONNE2.) a défendues publiquement dans la presse.

PERSONNE2.) s'oppose à la publication de l'arrêt à intervenir.

Cette mesure ne répondrait à aucune nécessité et ne ferait que mousser une affaire qui a déjà trop longtemps et bien inutilement occupé la presse et l'opinion publique.

Ce serait une humiliation supplémentaire alors qu'il se trouverait depuis des semaines au pilori du pays et une charge financière qu'il ne lui serait pas possible d'affronter étant étudiant et sans revenu.

La publication respectivement l'affichage de sa décision aux frais du défendeur est une simple faculté laissée à la libre appréciation de la juridiction saisie.

La Cour considère qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de publication et d'affichage du dispositif du présent arrêt, les mesures ordonnées étant suffisantes pour mettre fin à la contrefaçon constatée et une information supplémentaire du public en général n'étant pas nécessaire eu égard à sa médiatisation.

### 3. Les demandes accessoires

PERSONNE2.) sollicite l'allocation d'une indemnité de 10.000,- euros pour procédure abusive et vexatoire.

Eu égard à l'issue du litige, et notamment en l'absence de faute établie dans le chef de la partie appelante, PERSONNE2.) ne saurait prétendre à des dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, de sorte que sa demande afférente est à déclarer non fondée.

PERSONNE1.) sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 25.000,- euros (1<sup>ière</sup> instance et appel confondus) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Cette demande n'a pas été critiquée quant à sa recevabilité.

Dans la mesure où PERSONNE1.) avait réduit sa demande au titre de l'indemnité de procédure au montant de 12.895,- euros lors de l'audience des plaidoiries en première instance et dans la mesure où elle réclame actuellement la somme de 25.000,- euros pour les deux instances confondues, la Cour admet qu'elle demande, par réformation de la décision entreprise, à se voir allouer la somme de 12.895,- euros à titre d'indemnité de procédure pour la première instance et la somme de 12.105,- euros [25.000-12.895] pour l'instance d'appel.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cass. fr., 2e civ., arrêt du 10 octobre 2002, Bulletin 2002 II N° 219, p. 172).

Pour cerner la notion d'équité, il est nécessaire que le juge se réfère à des critères objectifs qui tiennent soit à la nature du litige, soit à la position prise par les parties.

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à l'unique charge de PERSONNE1.) l'ensemble des frais non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu, par réformation de la décision déferée, de lui allouer, compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins requis pour l'instruction de l'affaire, une indemnité de procédure de 1.500,- euros pour la première instance. Il y a lieu de lui allouer le même montant pour l'instance d'appel.

PERSONNE1.) demande encore d'assortir l'arrêt à intervenir de l'exécution provisoire.

La Cour statuant en tant que juge du fond et non en tant que juge des référés, l'exécution provisoire est facultative.

Cette demande n'est pas fondée, les conditions pour ordonner une telle exécution n'étant pas remplies en l'espèce. Par ailleurs, la Cour rappelle que le pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif en matière civile.

### **PAR CES MOTIFS :**

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant comme en matière de référé, sur base de l'article 81 de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, sur les droits voisins et les bases de données, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit non fondé l'appel incident,

dit partiellement fondé l'appel principal,

par réformation,

dit que le panneau représentant la princesse Turandot de l'œuvre « *Turandot* » de PERSONNE2.) viole les droits d'auteur de PERSONNE1.),

interdit à PERSONNE2.) de divulguer au public ou de céder sous quelque forme que ce soit le panneau représentant la princesse Turandot de son œuvre « *Turandot* », sous peine d'astreinte de 1.000,- euros par jour et par violation constatée, à partir de la signification du présent arrêt,

dit que le montant de l'astreinte est limité à 100.000,- euros,

condamne PERSONNE2.) à payer à PERSONNE1.) une indemnité de procédure de 1.500,- euros pour la première instance,

déboutte PERSONNE2.) de sa demande en allocation d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire,

condamne PERSONNE2.) à payer à PERSONNE1.) une indemnité de procédure de 1.500,- euros pour l'instance d'appel,

condamne PERSONNE2.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.