Audience publique du treize juillet deux mille dix-sept

Numéro 41965 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Josiane STEMPER, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 16 décembre 2014,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

l'établissement public **SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE-CHARLOTTE**, établi et ayant son siège social à L-1499 Luxembourg, 1, Place de l'Europe, représenté par son conseil d'administration actuellement en fonctions, en sa qualité de gestionnaire de l'Orchestre Philharmonique du Luxembourg,

intimé aux fins du susdit exploit,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 18 juin 2012, **A.)** a fait comparaître l'établissement public «SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE-CHARLOTTE», en sa qualité de gestionnaire de l'ORCHESTRE PHILHARMONIQUE DU LUXEMBOURG (ci-après l'OPL) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner au paiement de la somme de 100.000 EUR ou toute autre somme même supérieure à dire d'experts, à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel avec les intérêts légaux à partir de la publication non-autorisée de photographies, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, principalement sur base de l'article 1134 du code civil, subsidiairement sur base de l'article 74 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, telle que modifiée, plus subsidiairement encore sur base des articles 1382 et 1383 du code civil et sous réserve d'augmentation en cours d'instance et de la somme de 25.000 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral, avec les intérêts légaux à partir de la publication non-autorisée de photographies, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, principalement sur base de l'article 1134 du code civil, subsidiairement sur base de l'article 74 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, telle que modifiée, plus subsidiairement encore sur base des articles 1382 et 1383 du code civil et sous réserve d'augmentation en cours d'instance.

A l'appui de sa demande, **A.)** a exposé avoir, en sa qualité de photographe indépendant, entrepris une collaboration avec l'OPL au courant de l'année 2003, lorsque l'OPL se trouvait en tournée en Chine. Pendant six ans, il aurait été le photographe officiel de l'OPL et le 24 janvier 2007, il aurait signé avec la FONDATION HENRI PENSIS, gestionnaire de l'OPL, un contrat cadre pour la cession de droits d'utilisation de photographies originales, déterminant les modalités concrètes de la cession des droits d'utilisation des œuvres photographiques par lui prises au profit de l'OPL. Ce contrat cadre aurait été résilié oralement en date du 15 décembre 2009 par **B.)**, directeur de l'OPL à l'époque.

A.) a fait valoir que l'OPL a utilisé les photos par lui prises dans le seul but de la promotion de l'OPL, à des fins commerciales, sans son accord exprès et préalable. Ainsi, l'OPL aurait reproduit ses photographies dans le livre « Musique sans limites », (livre jubilaire), édité en avril 2008 par l'OPL et vendu au prix de 38 EUR.

Outre cette utilisation non autorisée des photographies à des fins commerciales par l'OPL, celui-ci aurait omis d'afficher la paternité des photographies ainsi publiées.

Le défendeur a précisé que l'OPL voulait s'adjoindre les services réguliers d'un photographe indépendant en 2003, dans le cadre d'un contrat

d'entreprise et d'un contrat de rétribution, dans le but d'utiliser certaines photographies pour sa promotion. Ainsi, une première collaboration eut lieu entre l'OPL et **A.)** à l'occasion d'une tournée de l'OPL en Asie en 2003. A partir de juin 2003, la collaboration entre parties s'intensifia et devint régulière jusqu'en décembre 2009. Compte tenu de la régularité des missions de **A.)**, les parties auraient convenu d'une rémunération mensuelle forfaitaire de **A.)**, en lieu et place d'une rémunération basée sur chaque mission effective.

Le défendeur a encore dit que la rémunération de **A.)** était de nature hybride : l'OPL rémunérait à la fois les services de photographe (la prise de clichés photographiques, leur sélection, leur transmission sur support utilisable) et la cession des droits d'auteur des photographies utilisées par l'OPL dans le cadre de la promotion de ses activités. En application de cet accord, **A.)** aurait établi chaque mois une note d'honoraires. Le 24 janvier 2007, les parties auraient cependant signé un document intitulé « contrat cadre pour la cession de droits d'utilisation de photographies originales » (ci-après le contrat cadre) et la collaboration des parties se serait terminée au mois de décembre 2009.

Le défendeur a fait valoir que l'OPL a toujours respecté ledit contrat cadre, de sorte qu'aucune responsabilité ne saurait être retenue dans son chef.

Il a contesté le préjudice invoqué par **A.)**. L'OPL aurait reconnu la paternité des œuvres de **A.)** à l'exception des supports suivants : support 4 : DVD 2054398, support 9 : CD1C1124, support 14 : CD + DVD GC07131 et support 15 : CD + DVD GC08141.

Par un jugement du 15 mars 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a rejeté le moyen de nullité tiré du libellé obscur de l'assignation. **A.)** a ensuite été autorisé par un jugement du 4 avril 2014 à une audition de témoins pour prouver que certaines des photos utilisées par l'OPL étaient les siennes.

Par un jugement du 24 octobre 2014, le tribunal a dit la demande de **A.)** non fondée sur la base contractuelle et dit la demande irrecevable sur la base délictuelle.

Pour arriver à cette conclusion, le tribunal a retenu que **A.)** reste en défaut de rapporter la preuve de la paternité des trois photographies renseignées sur le support numéro 14 et la preuve que les photographies litigieuses aient été vendues individuellement par l'OPL et pour leur seule qualité esthétique intrinsèque, que ces trois supports litigieux aient tous été destinés à la vente et que les photographies utilisées par l'OPL sur les supports actuellement litigieux ont été utilisées en violation de l'article III.B. du contrat cadre conclu entre parties en date du 24 janvier 2007.

Par exploit d'huissier de justice du 16 décembre 2014 **A.)** a régulièrement relevé appel de la décision du 24 octobre 2014.

Il demande de réformer cette décision, de condamner l'établissement public «SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE-CHARLOTTE» à lui payer la somme de 100.000 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudices matériels et la somme de 25.000 EUR à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral. En ordre subsidiaire, il demande de nommer un expert avec la mission d'évaluer les redevances ou droits qui auraient été dus à **A.)** si l'OPL avait demandé l'autorisation d'utiliser les photos prises par **A.)** dans les supports suivants :

« 1. Le livre « *MUSIQUE SANS LIMITES* » édité en avril 2008 par l'Orchestre Philharmonique de Luxembourg, ISBN 978-2-9599749-4-6

2. *Asian Tour 2003 / Bramwell Tovey*
Cd/Dvd

3. *CD 1C1090 Georges Auric / Arturo Tamayo*
2005
Zebralution/Timpani Records

4. *DVD catalogue no 2054398 « Evelyn Glennie à Luxembourg » /*
Bramwell Tovey
Août 2005
EuroArts

5. *CD 1C1101 Vincent d'Indy / Emmanuel Krivine*
Janvier 2006
Warner/Zebralution/Timpani Records

6. *CD 1C1096 Gabriel Pierné / Bramwell Tovey*
30 mai 2006
Timpani Records

7. *CD 1C1112 Hugues Dufourt / Pierre-André Valade*
27 septembre 2007
Timpani Records

8. *CD 1C1113 Iannis Xénakis / Arturo Tamayo, vol. 5*
17 avril 2008
Timpani Records

9. *CD 1C1124 Gabriel Pierné / Nicolas Chalvin*
Juin 2008
Warner/Zebralution/Timpani Records

10. *CD 1C1135 Philippe Gabuert / Marc Soustrot*
25 septembre 2008
Timpani Records

11. *CD 1C1165 Claude Debussy / Emmanuel Krivine*
2009
Timpani Records

12. CD 1C1153 Ivo Malec / Emmanuel Krivine
Février 2009
Warner/Zebralution/Timpani Records

13. CD 2C2114 Sylvano Bussoti / Arturo Tamayo
Juin 2009
Warner/Zebralution/Timpani Records

14. CD + DVD GC08131 Hector Berlioz / Sylvain Cambreling
15 décembre 2009
Glor Classics

15. CD + DVD GC08141 Maurice Ravel / Bramwell Tovey
15 décembre 2009
Glor Classics

16. CD 1C1082 Albert Roussel / Tovey Bramwell
29 janvier 2010
Timpani Records ».

A.) fait d'abord valoir à l'appui de son appel que l'OPL aurait utilisé ses œuvres à des fins commerciales et aurait violé le contrat conclu entre les parties. A défaut par la Cour de retenir que le contrat a été violé, il estime que l'intimé engage sa responsabilité sur base de l'article 74 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, les droits voisins et les bases de données, telle que modifiée. Il demande d'évaluer son préjudice conformément à la Directive 2004/48/CE du Parlement Européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, transposée en droit luxembourgeois par la loi du 22 mai 2009.

L'intimé réplique que l'OPL n'a utilisé les photographies de **A.)** qu'à des fins promotionnelles et n'a pas violé le contrat cadre conclu entre parties.

Motifs de la décision

Le contrat visé par **A.)**, a été conclu le 24 janvier 2007 entre la FONDATION HENRI PENSIS, l'ORCHESTRE PHILHARMONIQUE DU LUXEMBOURG et **A.)**.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 16 décembre 2011 portant réorganisation de l'établissement public nommé « SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE-CHARLOTTE » et de la FONDATION HENRI PENSIS : « L'établissement public « SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE CHARLOTTE » est chargé (...) b) de la reprise de la gestion et de la promotion de l'ORCHESTRE PHILHARMONIQUE DU LUXEMBOURG (...). »

Le contrat du 24 janvier 2007 prévoit en son préambule que : « L'OPL joue des concerts au Luxembourg, ainsi que lors de ses déplacements tournées à l'étranger. L'OPL réalise également des productions discographiques. Afin de promouvoir son activité culturelle, il entend avoir recours à un photographe professionnel pour réaliser des photographies de ses concerts et de ses activités en général. Le Photographe, travaillant en tant que photographe indépendant, se propose d'accomplir cette tâche de façon occasionnelle à la demande de l'OPL.

Le contrat a pour objet de déterminer les modalités concrètes de la cession des droits d'utilisation des œuvres photographiques à l'OPL dans le cadre des missions que celui-ci confère au Photographe (...) ».

Il est encore stipulé que l'OPL s'engage à respecter les droits moraux du photographe tels que définis par la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur et que la paternité des photographies sera affichée à proximité de celles-ci pour les photos utilisées directement par l'OPL, ainsi que pour les photos utilisées par des tiers sous la responsabilité de l'OPL. Le droit de divulgation des photographies appartient au photographe.

L'article III a trait à la cession des droits du photographe à l'OPL : ainsi, le photographe est tenu de présenter à l'OPL les photographies prises et concernant les photographies choisies ensuite par l'OPL, les droits d'utilisation sont alors cédés par le photographe à l'OPL, la cession devant se faire en quantité suffisante pour les besoins de l'OPL afin de permettre notamment une reproduction sur les affiches.

L'article III.B intitulé « *Droit de reproduction et de communication publique* » dispose que:

« L'OPL est autorisé à reproduire soi-même ou à permettre à une tierce personne de reproduire les photographies en tout ou en partie et à en faire une communication au public par un procédé quelconque et sur tous supports matériels ou immatériels dans le but de la promotion de l'OPL. Celui-ci n'est pas autorisé à vendre les photographies à des fins commerciales, sauf accord exprès, préalable et écrit du Photographe.

Les photographies peuvent être adaptées, arrangées et intégrées dans d'autres œuvres pour les besoins de l'OPL.

Le droit de reproduction ne connaît ni limitation géographique, ni temporelle.

Le Photographe autorise notamment l'OPL à :

- reproduire et publier soi-même ou à permettre à une tierce personne de reproduire et de publier les photographies, soit dans son entier, soit par extraits, à des fins de promotion de son activité, sur tout média : imprimé (brochure, programme, catalogue, magazine, dossier de presse, carton d'invitation, affiche etc.) ainsi que sur les supports de presse nationale et internationale ;*
- reproduire les photographies sur des sites Internet et notamment sur www.opl.lu ».*

L'article V fixe les honoraires du photographe à « *un montant mensuel forfaitaire de 1.350 euros TTC, représentant ses honoraires pour réaliser des photographies des concerts et activités de l'OPL du mois concerné* ».

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qui concerne le moyen de l'appelant selon lequel l'OPL n'aurait pas affiché la paternité des photos publiées puisqu'il résulte du jugement du 24 octobre 2014 que l'OPL a reconnu la paternité de la plupart des œuvres produites compte tenu du fait que les photos versées en cause renseignent : « Photos@**A.)** » et que ladite référence aux photographies contredit le reproche de l'appelant quant au défaut d'affichage de la paternité de ces photographies.

En ce qui concerne trois photographies pour lesquelles la paternité a été contestée par l'OPL, le jugement est, en l'absence de preuve de la part de **A.)** qu'il est l'auteur des photographies en litige, à confirmer en ce qu'il a dit qu'il n'y a pas d'inexécution contractuelle de la part de l'OPL.

Quant aux autres photographies, prises par ses soins et mises à disposition de l'OPL, **A.)** prétend qu'elles n'ont pas été reproduites dans le seul but de la promotion, mais ont été utilisées à des fins commerciales sans son accord exprès, préalable et écrit.

Ces photographies ont, selon l'appelant, été reproduites dans le livre « Musique sans limites » édité en avril 2008 par l'Orchestre Philharmonique du Luxembourg, vendu au prix de 38 EUR. Les photographies auraient été utilisées sur la couverture du livret et/ou le support sur divers disques CD et DVD vendus à des fins commerciales par l'OPL.

Comme en première instance, il n'est pas contesté que toutes les photographies litigieuses ont fait l'objet d'une facturation par **A.)** au titre des notes d'honoraires intitulées « Droits d'Auteur » ou « Droits d'Auteur et Cession de Droits » et que toutes les photographies litigieuses ont été utilisées par l'OPL sur des affiches, sur le site internet de l'OPL, dans des articles de journaux et pour illustrer les CD et DVD et le livre « Musique sans limites ».

C'est à juste titre, eu égard à l'article III B du contrat cadre, que la juridiction de première instance a retenu que la reproduction par l'OPL des photographies prises par **A.)** sur les DVD, CD et livre visés ne constitue pas une violation de ses obligations contractuelles.

A.) fait ensuite valoir que l'OPL a procédé à la vente des DVD et CD et du livre jubilaire et qu'il est incontestable que cette vente a géré une recette à l'OPL.

Il conteste l'affirmation de l'OPL qu'il n'a procédé qu'à des ventes occasionnelles.

Il maintient, en instance d'appel, sa version selon laquelle il n'est pas pertinent de savoir si l'OPL a réalisé un bénéfice ou non avec la vente des

œuvres. L'OPL aurait produit 15 CD et DVD en trois ans et tous auraient été mis en vente. Subsidiairement, il demande à la Cour d'enjoindre à l'OPL de produire les bons de commande, les factures d'achat et de vente relatifs aux CD, DVD et au livre jubilaire ainsi que la comptabilité renseignant le volume de ventes des prédits articles réalisé.

Il estime que la production de ces documents permettra d'établir le caractère régulier des ventes de l'OPL ainsi que le bénéfice lié à cette activité de vente.

L'intimé réplique que l'appelant ne rapporte pas la preuve de la vente de toutes les œuvres dans lesquelles ses photos apparaissent. Il estime que la question de savoir si les ventes ont été faites à titre promotionnel ou à titre commercial est fondamentale, puisque pour que les ventes soient considérées comme étant faites à titre commercial, des bénéfices doivent être générés. L'intimé ne conteste pas la vente du livre jubilaire ni des autres supports tels que DVD et CD par l'OPL, mais ni la vente du livre jubilaire ni celle des autres supports n'auraient permis de réaliser des bénéfices.

Force est d'abord de constater que **A.)** n'apporte, comme en première instance, pas la preuve que les photographies litigieuses ont été vendues individuellement par l'OPL.

L'intimé fait valoir que la mission de l'OPL est clairement définie par différents textes de loi qui se rejoignent sur l'activité que l'OPL doit mener : une activité à des fins promotionnelles. L'OPL ne serait pas une société commerciale et elle n'aurait pas pour mission de générer un quelconque bénéfice. La production et la distribution des DVD et CD se seraient, selon l'OPL, faites dans un but de promouvoir la qualité de l'OPL et de ses artistes, et non pas dans un but de promouvoir le photographe **A.)**.

Il renvoie à la loi du 16 décembre 2011 portant réorganisation de l'établissement public « SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE-CHARLOTTE » et de la FONDATION HENRI PENSIS, selon laquelle l'établissement public a pour mission de maintenir et de développer le niveau et la renommée internationale de l'OPL et de renforcer ainsi l'image culturelle du Grand-Duché de Luxembourg à l'étranger.

Il résulte de la loi du 16 décembre 2011 précitée que la mission de l'OPL est de promouvoir ses activités et de renforcer l'image culturelle du Grand-Duché de Luxembourg à l'étranger. L'OPL n'a, comme l'a retenu à juste titre la juridiction de première instance, pas d'activité commerciale.

Le livre jubilaire rempli de photographies et de textes explicatifs accompagné d'un CD a été présenté comme suit : « L'Orchestre Philharmonique du Luxembourg, qui a tout juste 75 ans, nous propose une démarche introspective et nous ouvre ses portes pour marquer l'évènement festif que constitue son 75^e anniversaire. La direction et les services marketing et communication de l'OPL, en collaboration avec l'agence de promotion culturelle mediArt, ont conçu un ouvrage intitulé « Musique sans limites » qui nous dévoile le quotidien de l'orchestre ».

Ce livre a été vendu au prix de 38 EUR. Il n'est pas prouvé que la vente a engendré un bénéfice.

Pour ce qui est des autres supports, il est dit au rapport d'activité de l'OPL de 2008 que « Le programme mensuel, généralement publié dix fois par an, comporte un calendrier avec un aperçu descriptif de toutes les représentations ouvertes au public, ainsi que de nombreuses photos des événements phare du mois correspondant. Imprimé à 100.000 exemplaires, ce programme est envoyé gratuitement aux clients et distribué au Grand-Duché de Luxembourg et dans l'ensemble de la Grande-Région ». L'OPL distribue dès lors ses programmes gratuitement.

En ce qui concerne les DVD et CD, l'appelant reste en défaut de prouver que les 15 CD et DVDS produits ont tous été vendus. Il n'est, en outre, pas établi que ces enregistrements qui ne sont pas produits en masse, qui sont vendus à titre occasionnel et qui visent à promouvoir l'activité de l'OPL, ont rapporté un bénéfice à l'OPL.

En l'absence de toute preuve de la part de **A.)** que les frais de production de ces CD et DVD ont été couverts par la vente occasionnelle de ces supports et que l'OPL a pu réaliser à un bénéfice commercial tant avec la vente des DVD et CD qu'avec la vente du livre jubilaire, sa demande tendant à voir condamner l'OPL à produire les documents cités plus haut est à rejeter.

C'est partant, à juste titre, que la juridiction de première instance a retenu que les CD, DVD et le livre jubilaire avec les photographies y publiées sont destinés à promouvoir l'activité de l'OPL et que les supports litigieux s'insèrent dans une stratégie de communication de l'OPL et non pas dans une activité commerciale réalisée dans un but de lucre indépendant de la promotion de l'OPL.

Le jugement entrepris est partant à confirmer en ce qu'il a retenu que **A.)** ne rapporte pas la preuve que les photographies utilisées par l'OPL sur les supports litigieux ont été utilisées en violation du contrat cadre conclu en date du 24 janvier 2007.

A.) entend ensuite engager la responsabilité de l'intimé sur base de l'article 74 de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, telle que modifiée, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

L'intimé conclut au rejet de cette demande au motif qu'un contrat lie les parties.

La responsabilité découlant de l'article 74 de la loi du 18 avril 2001, modifiée par la loi du 22 mai 2009, relative à la propriété intellectuelle sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données est de nature quasi délictuelle.

Comme les relations entre parties sont de nature contractuelle, la demande de l'appelant pour autant qu'elle est basée sur les dispositions de la loi modifiée du 18 avril 2001 précitée, sinon sur celles des articles 1382 et 1383 du code civil dès lors irrecevable.

Au vu de l'issue du litige, c'est à bon droit que les juges de première instance ont condamné **A.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 EUR.

Pour l'instance d'appel, **A.)** est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et il convient d'allouer à l'intimé une indemnité de procédure de 1.500 EUR.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

déboute **A.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne **A.)** à payer à l'établissement public «SALLE DE CONCERTS GRANDE-DUCHESSE JOSEPHINE-CHARLOTTE», en sa qualité de gestionnaire de l'Orchestre Philharmonique du Luxembourg, une indemnité de procédure de 1.500 EUR pour l'instance d'appel,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierre REUTER, avocat concluant, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPEL.