

Le présent article a été publié dans le cadre du colloque en ligne « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », organisé courant mai 2013 par *Le Concurrentialiste* (1).

Le droit d'auteur en France : un monopole menacé ?



Par Brad SPITZ

Docteur en droit
Chargé d'enseignement à
l'Université de Versailles
Avocat associé
YS Avocats

Le droit d'auteur est parfois présenté comme anticoncurrentiel par nature, dans la mesure où il accorde un monopole sur une œuvre. Le droit de la concurrence, qui a une vocation « impérialiste » (2), a ainsi remodelé l'exclusivité du droit d'auteur autour d'impératifs économiques (3), l'œuvre perdant alors son « statut privilégié que cent ans de droit d'auteur lui avaient donné, pensions-nous, de façon intangible » (4). Le droit de la concurrence remet ainsi en cause l'essence de l'exclusivité du droit d'auteur. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant la liberté d'expression et d'information (5) est également de plus en plus brandi par les utilisateurs accusés d'avoir violé le droit d'auteur et qui cherchent une « parade » (6). L'actualité récente de la Cour européenne des droits de l'Homme confirme cette tendance (7). Faut-il en déduire que le caractère exclusif du droit d'auteur est menacé ? Comme le préconisait G. Farjat, une analyse substantielle est nécessaire en matière de droit économique (8). Aux termes d'une telle analyse, il convient

d'étudier et de critiquer les concepts juridiques ou les faits à partir d'hypothèses produites par le droit. Or, cette analyse conduit à constater que le monopole du droit d'auteur est, en France, essentiellement menacé non pas par ces limitations externes, mais par la jurisprudence des juges du fond en matière d'originalité. Le droit auteur, qui a pour fonction de stimuler la création et le marché, est remis en cause par une appréciation des juges du fond trop souvent *contra legem* de l'originalité, qui est la condition première de la protection des créations par le droit d'auteur. Cela a pour effet de dénier purement et simplement la protection à de nombreux titulaires de droits et d'instaurer une grande insécurité juridique. Les conséquences de cette évolution sur l'innovation sont difficiles à quantifier, mais sont nécessairement extrêmement importantes, et sans doute tout autant en raison du nombre d'entreprises qui échouent à défendre leurs droits que du nombre de celles qui décideront de ne pas aller au procès (11).

Le droit de la concurrence et les droits de l'Homme sont quant à eux des limites externes au droit d'auteur ayant une fonction régulatrice indispensable, une exclusivité intangible pouvant se révéler anormale au regard d'autres valeurs (9). Le principe de libre concurrence et la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme viennent limiter le droit d'au-

teur, qui, en tant que droit spécial, doit « s'inscrire harmonieusement dans tout un système juridique » (10) (1).

I. – DROIT DE LA CONCURRENCE ET DROITS DE L'HOMME : DES MENACES EXTERNES LIMITÉES

Schématiquement, le droit de la concurrence intervient afin de « gommer les aspérités » du droit d'auteur et de « veiller à ce qu'il soit exercé conformément à ses finalités » (11), notamment lorsque les œuvres ont un caractère fortement informationnel, comme ce fut le cas dans l'affaire *Magill* par exemple (le droit irlandais accordait la protection du droit d'auteur à des programmes télévisuels) (12). En outre, sur des marchés moins étroits que celui ayant donné lieu à l'affaire *Magill*, les titulaires de droit d'auteur peuvent également se retrouver dans des situations de puissance économique telle qu'ils sont en mesure d'agir indépendamment de leurs concurrents ou des consommateurs : Microsoft a par exemple été sanctionnée pour avoir notamment abusé de son pouvoir de marché en limitant l'interopérabilité entre les PC Windows et les serveurs de groupe de travail de ses concurrents (13) ; de même, les sociétés de gestion collective des droits d'auteur, comme la Sacem, se retrouvent, du fait de la gestion d'importants répertoires, en position dominante sur un marché, position dont elles peuvent être amenées à abuser (14).

(1) <<http://leconcurrentialiste.com/>>. (2) Frison-Roche M.-A., Le modèle du marché, Arch. phil. droit 1995, t 40, n° 34, p. 301. (3) Edelman B., Du mauvais usage des droits de l'Homme (à propos du jugement du 23 février 1999), D. 2000, n° 29, p. 455. (4) Berenboom A., Le droit d'auteur est-il soluble dans le net ?, Auteurs et média, nov. 1997, n° 3, p. 229. (5) Aux termes de l'article 10, paragraphe 1 : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...) ». (6) Lucas A., chron. sous CA Paris, 11 janv. 2002, *Gollas c/ Éditions du Cerf*, Propr. intell., n° 5, p. 55. (7) Voir infra. (8) Farjat G., L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, RIDE 1986, n° 0, p. 9. (9) Quaevdviég A., *Copyright's orbit round private, commercial and economic law – The copyright system and the place of the law*, IIC 1998, vol. 29, n° 4, p. 420. (10) Sirinelli P., Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, Genève, 6-7 déc. 1999. (11) Caron Ch., Droit d'auteur et droits voisins, LexisNexis, 3^e éd., 2013, n° 15. (12) CJCE, 6 avr. 1995, aff. jointes C-241/91 et C-242/91, *RTE et ITP*, Rec. CJCE, I, p. 743. (13) TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, *Microsoft*, Rec. CJCE, II, p. 2977. (14) La CJCE, 21 mars 1974, aff. 127/73, *BRT/Sabam*, Rec. CJCE, p. 313, a ainsi sanctionné certaines clauses statutaires des sociétés de gestion collective, par lesquelles celles-ci abusaient de leur position dominante (les auteurs se voyaient imposer une cession obligatoire générale se prolongeant au-delà du retrait de la société de gestion). Plus généralement, sur l'application de la concurrence en matière de gestion collective des droits d'auteur, voir Siirainen F., Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective, Thèse Nice-Sophia-Antipolis, 1999 ; J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1550 à 1552.

Néanmoins, comme l'explique le professeur Blary-Clément dans le cadre du présent colloque, les droits de la concurrence et de la propriété intellectuelle sont tous deux des instruments de stimulation et de dynamisation du marché, le partage imposé par la théorie des infrastructures essentielles favorisant « *une utilisation plus productive des ressources* » et une conciliation des droits. Ainsi, les entraves à la libre concurrence sont levées et les droits de propriété intellectuelle ne subissent pas une atteinte excessive, puisque les titulaires de droits obtiendront une redevance qui doit être « *équitable, non discriminatoire et orientée vers les coûts* » (15). En outre, les risques d'atteintes disproportionnées au monopole du droit d'auteur sont limités par la nécessité de vérifier l'existence de circonstances exceptionnelles (16) et de plusieurs conditions cumulatives (17) : le refus du titulaire de droits d'accorder une licence doit faire obstacle à l'apparition d'un produit ou d'un service nouveau (18) que ce titulaire n'offre pas et pour lequel il existe une demande potentielle ; ce refus doit être dépourvu de toute justification objective et être de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé. Ainsi, en empêchant le titulaire de droits de propriété intellectuelle de se constituer une situation privilégiée en bloquant l'accès aux tiers, la théorie des facilités essentielles a un effet d'innovation (19). En matière de droits de l'Homme, la Cour européenne a reconnu que le principe du respect de la propriété, énoncé à l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, s'applique à la propriété intellectuelle (20), et vient, pour la première fois, de rendre deux décisions dans des affaires où elle devait se prononcer sur le fait de savoir si la condamnation au titre de la contrefaçon de droits d'auteur pouvait constituer une atteinte à la liberté d'expression et d'information. La pre-

mière affaire concernait la condamnation civile par les juridictions françaises de photographes ayant exploité les images d'un défilé de mode protégé par le droit d'auteur (21). La seconde affaire concernait la condamnation pénale des cofondateurs du site « Pirate Bay », pour avoir facilité la violation du droit d'auteur par l'organisation de l'échange de fichiers numériques comportant de la musique, des films et des jeux (22). La Cour devait ainsi vérifier si les juridictions nationales pouvaient restreindre la liberté d'expression des personnes poursuivies au titre de la contrefaçon de droits d'auteur, sur le fondement de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne prévoyant que l'exercice de la liberté d'expression peut être soumis à certaines restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection des droits d'autrui. Dans ces deux affaires, la Cour a approuvé les décisions nationales ayant sanctionné les contrefacteurs sur le fondement du droit d'auteur, en confirmant que lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit entre deux droits conventionnels – en l'occurrence la liberté d'expression (paragraphe 1 de l'article 10) et le droit d'auteur (paragraphe 2 de l'article 10) – les États contractants (et les juridictions nationales) bénéficient d'une marge d'appréciation importante (23). Dans ces deux affaires, la Cour a précisé que la marge d'appréciation dont disposent les États varie en fonction de plusieurs éléments et du contexte, en soulignant que le type de discours ou d'informations en cause revêt une importance particulière. Ainsi, la marge d'appréciation était particulièrement large dans ces espèces en raison des faits (dans la première affaire, le site internet était clairement commercial sans aucun débat d'intérêt général et, dans la seconde affaire, le partage de fichiers numériques reproduisant des œuvres telles que de la musique et des films n'était pas organisé dans le cadre de débats politiques ou journalistiques) et la Cour n'a donc pas eu l'occasion de déterminer les

critères précis pour la mise en œuvre de la balance des intérêts (24). Il ressort cependant de ces décisions que le droit d'auteur peut, en théorie au moins, porter atteinte à la liberté d'expression et d'information. Malgré l'importance théorique et potentielle de cette immixtion des droits de l'Homme dans la propriété intellectuelle, les atteintes au droit d'auteur resteront sans doute limitées, étant rappelé que le droit d'auteur prévoit déjà – en son sein – des exceptions au droit d'auteur permettant d'articuler la liberté d'expression et l'exclusivité des titulaires de droits d'auteur (25), notamment les exceptions de citation et de parodie (26). La Cour européenne des droits de l'Homme ne sera sans doute pas favorable à l'utilisation de l'article 10 comme ultime parade des contrefacteurs. Ainsi, « *sous couvert d'une large marge d'appréciation laissée aux juges nationaux, on peut gager que seules les ingérences les plus arbitraires seront condamnées* » (27).
Devant les juridictions françaises, l'article 10 de la Convention européenne a été invoqué sans véritable succès pour le moment. L'affaire *Utrillo* est à cet égard fort intéressante. En première instance, le Tribunal de grande instance de Paris avait tordu l'article 10 de la Convention européenne pour admettre la représentation de 12 œuvres d'Utrillo dans le cadre d'un reportage sur une exposition diffusé à la télévision sans l'autorisation du titulaire des droits, en jugeant que le « *droit du public à l'information doit être compris non seulement comme un droit de savoir mais aussi comme un droit de voir* » (28). La doctrine s'est émue de cette décision (29), ce qui montre que la liberté d'expression fondée sur l'article 10 de la Convention européenne est sous surveillance en matière de droit d'auteur. La Cour d'appel de Paris (30) a infirmé le jugement en procédant à une analyse de l'économie du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention euro-

(15) Blary-Clément E., L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence, Colloque en ligne organisé par *Le Concurrentialiste*, « Le droit de la concurrence de l'analyse économique », <<http://leconcurrentialiste.com/2013/05/13/colloque-innovation-et-son-partage/>>. (16) CJCE, 6 avr. 1995, aff. jointes C-241/91 et C-242/91, *RTE et TTP*, Rec. CJCE, I, p. 743. (17) CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *Ms Health et NDC Health*, Rec. CJCE, I, p. 5039.

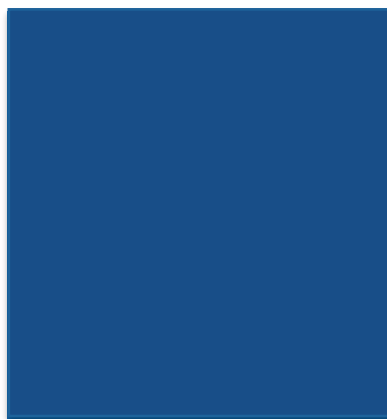
(18) Le TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, *Microsoft*, Rec. CJCE, II, p. 2977, interprète cette condition largement, en estimant qu'il suffit de montrer qu'une limitation a été apportée au choix des consommateurs. (19) Canivet G., Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles, RLDA 2006/11, n° 658. (20) CEDH, Gde Ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, <www.echr.coe.int>. En matière de droit d'auteur : CEDH, 29 janv. 2008, aff. 19247/03, *Balan c/ Moldavie*, Comm. com. électr. 2008, comm. 76, note Caron Ch. (21) CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et a. c/ France*, Comm. com. électr., avr. 2013, comm. 39, note Caron Ch. (22) CEDH, 5^e sect., 19 févr. 2013, n° 40397/12, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi (Pirate Bay) c/ Suède*, site de la Cour. (23) CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A, n° 24, p. 22. (24) Voorhoof D. et Høedt-Rasmussen I., *ECHR : Copyright vs Freedom of Expression II (The Pirate Bay)*, <<http://kluwercopyrightblog.com/>>. (25) Spitz B., Droit d'auteur, *copyright* et parodie, ou le mythe de l'usage loyal, RIDA, avr. 2005, n° 204, p. 55. (26) Article L. 122-5, 3^e et 5^e, du Code de la propriété intellectuelle. (27) Dupuis M., L'immixtion de la Convention EDH dans la propriété industrielle, in « Propriété industrielle : vers une harmonisation des jurisprudences européenne et française », Colloque, Lille, 29 mai 2009, RLDA 2009/41. (28) TGI Paris, 23 févr. 1999, *Fabris c/ France 2*, RIDA, avr. 2000, n° 184, note Kerever A. (29) Edelman B., article précité, note 3 ; Kerever A., précité, note 3 ; Caron Ch., Le droit d'auteur à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ?, Comm. com. électr., oct. 1999, p. 9. (30) CA Paris, 30 mai 2001, RIDA, janv. 2002, n° 191, p. 2.

péenne et la Cour de cassation, en 2003, a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en précisant que la chaîne de télévision « avait la possibilité d'informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans qu'il lui fût indispensable de représenter des œuvres du peintre » (31). Chapitre final de l'affaire : en 2006, le législateur a finalement intégré au Code de la propriété intellectuelle une nouvelle exception à l'article L. 122-5, 9, pour étendre, sur le fondement de la liberté d'expression, le droit de diffuser les œuvres dans une finalité d'information : « La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière (...). » (32) Seul le législateur, dans le respect des conventions internationales et du droit européen, peut en effet réduire la portée du monopole du droit d'auteur, ce que les juges du fond oublient parfois...

II. – LA JURISPRUDENCE DES JUGES DU FOND EN MATIÈRE D'ORIGINALITÉ : L'EXCLUSIVITÉ ET L'INNOVATION MENACÉES

Les droits exclusifs des auteurs sont limités par des exceptions internes au système (copie privée, droit de citation, parodie, reproduction provisoire de caractère transitoire et accessoire, etc.) (33), destinées à permettre d'articuler les intérêts des titulaires de droits et l'intérêt public. Ainsi, la plupart des lois sur le droit d'auteur et le *copyright* prévoient des exceptions permettant la prise en compte des finalités suivantes : utilisation privée, information d'actualité, citations et critiques, recherche scientifique, utilisations pédagogiques, etc. Des limitations au droit exclusif existent également au travers de l'organisation du système de cessions automatiques au profit des investisseurs (le plus souvent les em-

ployeurs des auteurs), que ce soit en matière de logiciel (34) ou d'exploitation des œuvres des journalistes (35) ou des fonctionnaires (36) notamment. La conception personnaliste du droit d'auteur français, conduisant à privilégier les intérêts de l'auteur sur l'intérêt public, recule ainsi au profit d'une conception plus économique proche des systèmes de *copyright*. On peut critiquer cette évolution, ainsi que certaines méthodes législatives (37), mais au final le législateur a le dernier mot, sous réserve des règles supralégislatives. La réelle remise en cause du monopole du droit d'auteur n'est pas là. La véritable atteinte au droit d'auteur est portée par les juges du fond qui trop



souvent, en appliquant la notion d'originalité, annihilent purement et simplement les droits des auteurs et de leurs cessionnaires. En effet, les décisions *contra legem* retirant aux titulaires de droits toute possibilité de défendre leurs œuvres se multiplient (38), sans justification ni compensation contrairement à ce que nous avons constaté en matière de droit de la concurrence (sauf dans le cas où le titulaire de droit peut prétendre à réparation sur le fondement de la concurrence déloyale et/ou parasitaire ou sur un autre droit de propriété intellectuelle). Pourtant, ce n'est pas faute de la part de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation d'avoir posé des règles simples et objectives en la

matière. Dans l'arrêt *Infopaq*, la Cour de justice, dans une décision contraignante pour les juridictions des États membres, a jugé que l'originalité est une notion communautaire et a donné les critères d'appréciation de la condition de l'originalité (39). Rendu à propos de la reproduction d'un très court extrait d'un texte financier, l'arrêt précise que « les différentes parties d'une œuvre bénéficient (...) d'une protection au titre de [l'article 2, A, de la directive n° 2001/29] (40) à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre » (41) et que, « compte tenu de l'exigence d'une interprétation large de la portée de la protection conférée par l'article 2 de la directive n° 2001-29, il ne saurait être exclu que certaines phrases isolées, ou même certains membres de phrases du texte concerné, soient aptes à transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article » (42). La Cour de justice souligne en outre que si les mots ne sont pas, isolément, protégeables, « à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots (...) il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle » (43). Dans l'affaire *Painer*, la Cour de justice, au sujet d'une photographie de portrait, a confirmé cette analyse (44). Le critère décisif de l'originalité est ainsi, comme en droit français (45), l'existence de choix arbitraires mis en œuvre dans la réalisation d'une création. Peu importe que les choix soient pour partie contraints ou dictés par la technique ou l'existence d'une œuvre préexistante objet d'un travail d'adaptation, dès lors que le travail, dans son ensemble, est le résultat de choix arbitraires. La Cour de justice a ainsi consacré, au plan communautaire,

(31) Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, n° 01-14.385, Comm. com. électr. 2004, comm. 2, obs. Caron Ch. (32) Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, article 1 (V), JORF 3 août. (33) Article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. (34) Article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle. (35) Articles L. 132-35 et s. du Code de la propriété intellectuelle. (36) Article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle. (37) Au sujet de la réforme des droits d'auteur des journalistes, Christophe Caron évoque la « technique législative bien commode qui permet de faire passer discrètement, voire subrepticement, des normes en évitant un débat délicat (...). Les esprits sont généralement accaparés par ce qui constitue l'objet principal de la loi. Ils ne vont pas s'intéresser à une question accessoire qui, pourtant, en d'autres temps, aurait pu déchaîner les passions (...). Nul ne s'intéressait à cette question puisque tous discutaient de suspension d'accès à l'internet, de riposte graduée (...), de la protection des titulaires des droits ou des droits et libertés des internautes », in Les journalistes, face cachée du projet de loi « Création et Internet », Comm. com. électr. 2009, n° 5, p. 1. Également en ce sens, Derieux E., Loi du 12 juin 2009 – Restriction des droits d'auteurs des journalistes, RLDI 2009/51. (38) Voir *infra*. (39) CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq c/ Danske Dagblades*, <www.curia.eu>; JCP 2009, n° 39, p. 272, note Marinon L.; Propr. intell. 2009, n° 33, p. 378, obs. Benabou V.-L.; RIDA 2010, n° 226, obs. Sirinelli P., p. 401. (40) Directive n° 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 » (JOCE 22 juin, n° L 167, p. 10). (41) CJCE, 16 juill. 2009, précité, n° 39. (42) CJCE, 16 juill. 2009, précité, n° 47. (43) CJCE, 16 juill. 2009, précité, n° 45. (44) CJUE, 3^e ch., 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria P. c/ Standard Verlags GmbH et a.*, <www.curia.europa.eu>. (45) Caron Ch., Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 3^e éd., 2013, n° 94.

le principe de l'originalité relative, connu dans certains États membres et notamment en France (46), et qui permet de protéger les œuvres dérivées telles que les adaptations et les œuvres à caractère scientifique ou technique, dès lors que la création considérée a impliqué des choix arbitraires, même simples, révélateurs de la personnalité de son auteur.

La clarté des principes n'empêche pas la multiplication de décisions des juges du fond clairement *contra legem*, dans des affaires où l'on n'est même pas en présence de créations d'art appliqué modestes (47). La Cour d'appel de Paris (48) a ainsi récemment refusé la protection du droit d'auteur à six photographies, en jugeant qu'elles n'étaient que « *la simple reproduction fidèle d'œuvres d'art* » et qu'elles ne revêtaient « *qu'un caractère purement informatif* », alors même qu'elle venait d'énumérer l'ensemble des choix du photographe, parmi lesquels : les objets étaient parfois pris de profil, parfois de face, et le photographe avait choisi le fond, le cadre, la prise de vue et l'éclairage (la Cour d'appel prétendant que ces choix obéissaient à des impératifs techniques...). En outre, la Cour a pris en considération le fait que les œuvres étaient reproduites pour une « *publication dans une monographie de l'artiste* », alors que l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les œuvres sont protégées « *quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite*

ou la destination ». Depuis 2012, les chambres 1 et 2 du pôle 5 de la Cour d'appel de Paris, en charge des affaires de propriété intellectuelle, ont rendu plusieurs décisions reprenant cette méthode consistant à égrener les choix de l'auteur photographe, en précisant pour chaque choix que celui-ci serait uniquement technique, contraint ou banal (49). Le Tribunal de grande instance a, avec la même méthodologie, refusé la protection du droit d'auteur à une adaptation et à une mise en scène théâtrales, en reprochant en outre à l'auteur de ne pas avoir expliqué « *ses impressions tout à fait subjectives aux manifestations de [sa] personnalité* » (50). En matière d'art appliqué, dans une affaire concernant un modèle de griffe de poche, la Cour d'appel de Paris a jugé que « *si la combinaison revendiquée procède de choix arbitraires de positionnement, de fixation dans une boutonnière ou de dimensions, il ne peut pour autant être admis qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur* » (51) ; encore une fois, le juge constate les choix arbitraires de l'auteur, sans en tirer les conséquences juridiques (52). Dans une affaire portant sur l'originalité d'un site internet, la Cour de cassation (53) a censuré un arrêt de la Cour d'appel de Paris (54) qui, pour conclure que les éléments revendiqués au titre du droit d'auteur n'étaient pas de nature à caractériser l'originalité, avait énuméré les choix qui étaient, selon elle, impo-

sés par des contraintes techniques ou qui relevaient d'un savoir-faire, ainsi que les éléments n'ayant pas des caractéristiques esthétiques séparables de leur fonction (55) ; en ligne avec la jurisprudence *Infopaq* (56), la Cour a estimé « *qu'en statuant ainsi sans justifier en quoi le choix de combiner ensemble ces différents éléments selon une certaine présentation serait dépourvu d'originalité la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* » au regard de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Au sujet de cette dernière décision, il est intéressant de constater, comme le souligne le professeur Caron, que « *la caractérisation de l'originalité (ou de son absence d'originalité) ne relève pas (ou plus) de l'apanage exclusif des juges du fond* » (57). Malheureusement, les justiciables sont souvent exsangues moralement et/ou financièrement, et ne peuvent ou ne veulent pas former de pourvoi en cassation ; les avocats des victimes sont quant à eux découragés et, en outre, bien obligés de mettre en garde leurs clients au sujet du très fort aléa existant devant les juridictions du fond françaises ; et même les grands fabricants industriels français ont commencé, en matière de propriété intellectuelle, à modifier leur stratégie de protection. En portant atteinte de cette manière au caractère exclusif du droit d'auteur, on porte incontestablement atteinte à l'innovation elle-même. ♦

(46) Michaux B., L'originalité en question – L'originalité en droit communautaire après l'arrêt *Infopaq*, RLDI 2011/70, n° 2333. (47) Certains auteurs critiquent la protection de telles œuvres par le droit d'auteur. Voir par exemple Caron Ch., Droit d'auteur et droits voisins, 3^e éd., Litec, 2013, n° 83 ; Kahn A-E., Un an de droit de la mode, Comm. com. électr., sept. 2012, n° 9, chron. 8. (48) CA Paris, pôle 5, ch. 1, 16 janv. 2013, n° 11/18788, <www.lamyline.fr>. (49) Et notamment : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 nov. 2012, n° 11/03286, <www.lamyline.fr> ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 mars 2013, n° 12/09360, RLDI 2013/92, n° 3056, note Costes L. ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 mars 2013, n° 12/12559, RLDI 2013/92, n° 3057, note Costes L. (50) TGI Paris, 3^e ch. 1^{er} sect., 2 févr. 2010, n° 06/02820. La Cour d'appel de Paris a toutefois infirmé cette décision (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 sept. 2011). Pour une analyse de cette affaire : Spitz B., Originalité d'une adaptation et d'une mise en scène théâtrales, RLDI 2011/77, n° 2537, p. 19. (51) CA Paris, pôle 5, ch. 2, 28 oct. 2011, PIBD 2011, n° 954, III, p. 78. (52) Kahn A-E., article précité note 47, constate le mouvement de « rigueur » des juges du fond dans l'appréciation de l'originalité des créations d'art appliqué, mais l'approuve. (53) Cass. 1^{er} civ., 12 mai 2011, n° 10-17.852, Comm. com. électr., oct. 2011, comm. 84, note Caron Ch. ; RLDI 2011/74, n° 2448, obs. Costes L. (54) CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 mars 2010, Juris-Data, n° 2010-010644. (55) La Cour d'appel a relevé « *que la présence d'une fenêtre blanche permettant au client de s'identifier ainsi que le choix et la dénomination des rubriques étaient des "éléments commandés par des impératifs utilitaires ou fonctionnels" et qu'ils ne présentaient, en l'espèce, "aucune forme singulière de nature à traduire un quelconque effort créatif", que la bande-annonce animée "ne revêt pas des caractéristiques esthétiques (...) séparables de tout caractère fonctionnel", que "la mise en place d'un espace de dialogue interactif", au moyen d'un blog, "atteste tout au plus d'un savoir-faire commercial", que le choix de dominantes de couleurs rose et noir n'était pas "perceptible d'emblée", ni de nature à "conférer au site en cause une physionomie particulière qui le distingue des autres sites du même secteur d'activité" et en définitive, qu'ils soient pris séparément ou combinés dans leur ensemble, les éléments invoqués sont dénués de pertinence au regard du critère d'originalité requis en la cause faute de porter la marque d'un effort personnel de création* ». (56) CICE, 16 juill. 2009, précité note 39. (57) Note sous Cass. 1^{er} civ., 12 mai 2011, précité note 53.