

conforme à la dignité humaine ne s'envisage qu'au sein d'une collectivité publique dont les finances sont en équilibre parfait... Sans doute le fond de la pensée de la Cour est-il révélé par la lecture pour le moins inédite qu'elle offre de l'article 7bis de la Constitution. La notion de solidarité intergénérationnelle, jusque-là majoritairement pensée dans le cadre du développement durable et de la protection de l'environnement, y est en effet conçue en des termes financiers et budgétaires. Partant, cette solidarité permettrait d'exiger des générations actuelles qu'elles consentent d'importants efforts d'assainissement budgétaire, forcément douloureux, pour préserver la dignité et le bien-être socio-économique des générations futures⁹. En bref, la solidarité intergénérationnelle justifie-t-elle à elle seule l'équilibre budgétaire ? Nous n'en sommes pas certains, même si la question dépasse largement le cadre modeste de ce commentaire. Il n'en demeure pas moins évident que l'argument ne doit pas permettre à la Cour de conclure à la hâte qu'une orientation politique, fût-elle générale, est conforme à l'article 23 en vertu du principe des obligations correspondantes.

Équilibre budgétaire et souveraineté parlementaire. — Évaluant une éventuelle violation de la souveraineté budgétaire des assemblées législatives du pays, la Cour a considéré que la compétence exclusive de ces mêmes parlements en matière de budgets et de finances publiques ne saurait être assimilée à une compétence illimitée. L'exercice de cette compétence ne serait jamais libre, mais serait au contraire contraint, tant par le contexte économique que par les engagements budgétaires contractés par les entités en cause sur le plan national et international (B.8.3-B.8.6). En considérant, à notre connaissance pour la première fois, qu'un législateur peut, par des engagements internationaux, s'imposer durablement, mais rémédiablement, une orientation budgétaire, et restreindre du même coup sa liberté et les marges de manœuvre du processus démocratique, la Cour favorise une conception résolument substantielle, et non simplement formelle et procédurale, de notre constitutionalisme¹⁰. Ainsi, le droit constitutionnel n'aurait pas simplement vocation à mettre sur pied un cadre institutionnel et procédural au sein duquel les politiques publiques sont menées, sans toutefois en préciser le contenu. Au contraire, il pourrait également être mobilisé pour encadrer l'action des institutions démocratiques, et leur assigner la poursuite de certains objectifs, politiques, mais aussi sociaux, et pourquoi pas économiques, fiscaux et budgétaires. Une telle

conception du constitutionalisme, proche de la tradition allemande¹¹, nous semble — que l'on soit ou non d'accord avec l'orientation politico-budgétaire privilégiée par le T.S.C.G. — désirable à l'heure du constitutionnalisme global, dans une époque où la souveraineté (ou à tout le moins son exercice) est partagée entre divers niveaux de pouvoir.

Équilibre budgétaire et souveraineté/identité nationale. — La Cour se penche finalement sur la compatibilité du Traité avec l'article 34 de la Constitution (B.8.6-B.8.8), notamment en ce qu'il confie certaines compétences d'ordre budgétaire à la Commission européenne et à la Cour de justice de l'Union européenne¹². La Cour procède à une application selon nous correcte et convaincante de la clause « Europe » de notre Constitution, pour finalement estimer qu'elle n'a en aucun endroit été violée. Il est par contre plus étonnant de la part de notre Cour constitutionnelle qu'elle souligne que l'article 34 ne saurait tolérer « aucune atteinte à notre identité nationale, c'est-à-dire à nos valeurs et nos structures politiques et constitutionnelles fondamentales ». Cet *obiter dictum* fait directement écho à la clause d'identité nationale consacrée à l'article 4, § 2, du Traité sur l'Union européenne. Si en l'espèce, la référence demeure purement théorique et n'emporte aucun constat d'inconstitutionnalité, il n'en reste pas moins qu'elle surprend venant d'une juridiction constitutionnelle qui jusqu'à ce jour avait toujours adopté une attitude ouvertement europhile et n'avait encore jamais, contrairement à plusieurs de ses homologues européennes¹³, évoqué la possibilité de contrôler un instrument de droit européen ou international à l'aune des valeurs et structures fondamentales de la Constitution dont elle est la gardienne. Indéniablement, il est encore trop tôt pour parler de revirement de jurisprudence. L'on suivra toutefois avec attention l'évolution de la jurisprudence de la Cour et des autres juridictions du pays pour découvrir l'écho réservé à cette sortie inédite de nos juges constitutionnels...

Paul DERMINE

Avocat au barreau de Bruxelles,
docteur à l'Université de Maastricht

DROIT D'AUTEUR

- Originalité (notion, rôle des antériorités, banalité, caractère marqué, condition de la contrefaçon)
- Rôle des postériorités dans la preuve de la banalité

Cass. (3^e ch.), 14 décembre 2015

Siég. : A. Fettweis (prés. sect.), M. Delange, M. Lemal, M.-C. Ernotte et M. Regout (rapp.).

Min. publ. : J.-M. Genicot (av. gén.) et M. Palumbo (av. gén. dél.).

Plaid. : MM^{ESP}-A. Foriers et M. Grégoire

(S. L., S. A. c. Warner c. Chappell Music Belgium, EMI Music Publishing Belgium, Sony/ATV Music Publishing Belgium BV).

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour conclure à l'absence de contrefaçon, estime que, compte tenu notamment des œuvres antérieures invoquées par les défendeurs, les demandeurs n'établissent pas que les extraits litigieux de la chanson du demandeur ne sont pas banals mais reflètent la personnalité de leur auteur (absence d'originalité). La référence par la cour d'appel au caractère « marqué » de l'originalité ne constitue pas une application de l'article 21, alinéas 1^{er} et 2, de la loi uniforme Benelux sur les dessins et modèles.

L'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins n'exclut pas que, dans certaines circonstances, le tribunal puisse tenir compte d'œuvres postérieures pour apprécier la banalité de l'œuvre litigieuse.

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 3 février 2014 par la cour d'appel de Mons.

Par ordonnance du 29 octobre 2015, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le conseiller Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général délégué Michel Palumbo a conclu.

(9) Une telle logique n'est pas sans rappeler le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt relatif au T.S.C.G., dont les juges constitutionnels belges se sont vraisemblablement inspirés. Sur ce point, voy. *Bundesverfassungsgericht*, décision du second Sénat, 12 septembre 2012, 2 BvR 1390/12, § 120.

(10) Sur ce point, voy. P. DERMINE, *op. cit.*, pp. 194-196.

(11) Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a-t-elle eu l'occasion de dire pour droit, dans l'arrêt du

12 septembre 2012 précité, qu'il n'est pas « anti-démocratique for the budget legislature to be bound by a particular budget and fiscal policy », confirmant donc que des règles budgétaires substantielles peuvent recevoir l'adoubement constitutionnel ou supra-législatif, au motif que « a constitutional commitment on the part of the parliaments and thus a palpable restriction of their budgetary power to act may be necessary precisely in order to preserve the democratic power to shape affairs for the political body in the long term. Even

if such a commitment restricts democratic legislative discretion in the present, it serves at the same time to guarantee it for the future » (§ 224). Il est intéressant de comparer cette approche à celle prônée par le Conseil constitutionnel français dans son arrêt relatif au T.S.C.G. (décision n° 2012-653DC du 9 août 2012), où l'on voit poindre un attachement certain à une conception presque absolue de la souveraineté budgétaire du Parlement national.

(12) Pour rappel, la Commission est essentiellement investie d'un pouvoir

de recommandation en matière de convergence budgétaire et de correction automatique (voy. notamment article 3, paragraphe 1^{er}, b ; article 3, paragraphe 2). La saisine de la Cour de justice est limitée au contrôle de la correcte transposition par les États parties des règles de l'article 3, § 1^{er}, du T.S.C.G. dans leur droit national (article 8 du T.S.C.G.).

(13) À commencer par la Cour constitutionnelle allemande.

II. Le moyen de cassation.

Les demandeurs présentent un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées.

- article 149 de la Constitution ;
- article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, tel qu'il a été modifié par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ;
- article 2, sous a), de la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ;
- articles 1^{er} et 21, alinéas 1^{er} et 2, de la loi uniforme Benelux sur les dessins et modèles, annexée à la Convention Benelux en matière de dessins et modèles, signée à Bruxelles le 25 octobre 1966, approuvée par la loi du 1^{er} décembre 1970.

Décision et motifs critiqués.

L'arrêt décide que la partie de la ligne mélodique de la chanson « Ma vie fout l'camp », dont les demandeurs réclamaient la protection par le droit d'auteur, qui se retrouve dans la chanson « Frozen » commercialisée par les défenderesses « ne présente pas une originalité suffisamment marquée pour justifier » la protection réclamée, et que, « partant, les extraits litigieux de "Frozen" ne constituent pas une reproduction illégale des extraits litigieux de la chanson "Ma vie fout l'camp" et la contrefaçon n'est pas établie » et, en conséquence, déclare fondé l'appel formé par les défenderesses et ainsi non fondés l'action originaire en cessation formée par les demandeurs ainsi que leur appel incident et leurs demandes incidentes nouvelles, et enfin condamne ceux-ci à tous les dépens.

L'arrêt fonde sa décision sur les motifs suivants :

« 1. Principes

» [...]

» Pour vérifier l'application de la protection des droits d'auteur à l'œuvre prétendument plagiée, qualifiée d'« œuvre première », la première question à se poser est celle de son originalité.

» Suivant la doctrine et la jurisprudence, c'est au regard de l'originalité que doit s'apprécier la contrefaçon.

» En amont, l'œuvre première doit constituer une création intellectuelle propre à son auteur, expression originale de sa liberté créatrice, portant l'empreinte de sa personnalité (C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, *A&M*, 2009, pp. 521-525 ; B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, 2009, pp. 481-482).

» En aval, lorsqu'il y a une véritable création, la liberté de créer du créateur second entre en jeu pour tempérer les prétentions parfois démesurées du premier créateur.

» L'originalité doit être marquée.

» La doctrine relève que la Cour de justice Benelux, dans son arrêt du 22 mai 1987, a précisé que l'adjectif « marqué » impliquait qu'après examen de l'originalité, si un « doute raisonnable » subsistait, la protection par le droit d'auteur devait être écartée (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 185).

» Par ailleurs, il faut retenir que l'originalité ne se confond pas avec la nouveauté, que la beauté ou le succès commercial importent peu et que la combinaison d'éléments banals peut être originale.

» En effet, l'originalité de l'œuvre peut résider dans la combinaison de ses différents éléments constitutifs qui, pris individuellement, sont dépourvus d'originalité.

» La conception la plus exigeante de l'originalité, conforme au droit européen, s'impose au juge national.

» S'agissant de l'originalité résultant de la combinaison d'éléments en cas de reproduction partielle, l'arrêt *Infopaq* précité a précisé que les parties de l'œuvre bénéficient de la protection « à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre » (point 39) et que « la reprise d'un extrait d'une œuvre protégée (...) est susceptible de constituer une reproduction partielle (...) si un tel extrait contient un élément de l'œuvre qui, en tant que tel, exprime la création intellectuelle propre à l'auteur » (point 48).

» Cet arrêt indique que l'originalité, qui peut porter sur une combinaison d'éléments connus, s'apprécie différemment selon le genre de l'œuvre.

» D'autres décisions européennes récentes précisent la notion d'originalité faisant référence à la « touche personnelle » de l'auteur (C.J.U.E, 1^{er} décembre 2011, *Painer*, aff. C-145/10, *A&M*, 2012, pp. 322-330) et à ses « choix libres et créatifs » (C.J.U.E, 22 décembre 2010, *BSA*, aff. C-393/09, *A&M*, 2011, pp. 324-327 ; C.J.U.E, 4 octobre 2011, *Premier League*, aff. C-403/08 ; C.J.U.E, 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, aff. C-604/10, *A&M*, 2012, pp. 331-336).

» [...]

» Les éléments repris ou copiés ne méritent une protection que si leur choix et leur combinaison sont suffisamment originaux en sorte que l'étendue de l'exclusivité dépend de l'originalité de l'œuvre contrefaite, laquelle doit s'apprécier non pas au regard de l'œuvre en tant que telle mais des éléments repris.

» En matière de droits d'auteur, la contrefaçon ne requiert pas un risque de confusion, mais il faut, condition nécessaire mais non suffisante, une similarité substantielle entre les deux créations.

» La composition musicale, qui utilise un vocabulaire musical limité, le nombre de notes n'étant que de sept, se compose de la mélodie, de l'harmonie et du rythme.

» Seule la mélodie, création de forme par excellence, est appropriable en elle-même, tandis que l'harmonie et le rythme ne peuvent être protégés qu'appliqués à une mélodie

(H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1976, p. 139, n^o 109).

» La ressemblance doit s'apprécier de façon synthétique, du point de vue de l'auditeur moyen, non du spécialiste, sans mettre l'accent sur les différences.

» Cette analyse synthétique se retrouve en amont, pour apprécier l'originalité, et en aval, pour juger la contrefaçon.

» Cette règle impose une concordance entre l'étendue de l'originalité et l'étendue de la protection.

» [...]

» En aval, pour apprécier une contrefaçon entre deux chansons, il convient de se référer aux similitudes existant entre les deux œuvres, plutôt qu'à leurs différences.

» L'originalité peut être contestée par la preuve de la présence des éléments similaires dans des œuvres antérieures, qualifiées de « destructrices d'originalité ».

» [...]

» Dès lors que celui qui revendique la protection du droit d'auteur a décrit où réside l'originalité de son œuvre prétendument contrefaite et que celui qui la conteste a prouvé l'existence de créations antérieures, il appartient au premier de réfuter ces antériorités.

» En résumé, il ne peut y avoir contrefaçon que si la ressemblance porte sur des éléments suffisamment originaux de l'œuvre première qui expriment une création intellectuelle propre à son auteur.

» 2. Application

» Il ne peut être raisonnablement contesté que la chanson « Ma vie fout l'camp », composée par [le demandeur], est en soi une création originale, empreinte de la personnalité de son compositeur, et mérite protection dans son ensemble.

» Encore faut-il vérifier l'étendue de cette protection en fonction des éléments précis d'originalité revendiqués par [le demandeur].

» En effet, le plagiat musical reproché ne concerne pas l'ensemble de la chanson, mais seulement quelques mesures, et plus particulièrement les deux premières mesures du premier couplet chanté « 3.3.3. 2.2.2. 1.7.1 », répétées à deux reprises, qui se retrouvent dans la chanson « Frozen » de Madonna, sous une forme comparable (mais avec une note en plus, dix au lieu de neuf, 3.3.3.2 2.2.2 1.7.1) et selon une structure similaire (mais avec un couplet en plus, trois au lieu de deux).

» La cour [d'appel] n'est pas tenue par l'opinion, qui n'a aucune valeur contraignante, émise par la SABAM laissant le soin aux tribunaux de se prononcer sur l'existence d'une contrefaçon (voy. en ce sens l'arrêt *Eminem*, Bruxelles, 9^e ch., 6 décembre 2007, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 29, n^o 10).

» Il convient de vérifier si les éléments repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur.

» Les mesures litigieuses sont en soi relativement banales et il a pu être démontré par les [défenderesses] que ces lignes mélodiques — 3.2.1.7.1 — se retrouvent dans de nombreuses autres œuvres antérieures.

» La plupart des experts consultés [...] sont d'accord pour considérer que les mesures de la chanson « Ma vie fout l'camp » se retrouvant



dans "Frozen" ne présentent pas une originalité suffisante, susceptible de bénéficier d'une protection.

» Il a été jugé par le tribunal de grande instance de Paris le 6 janvier 2012 que ce passage relativement courant, utilisé sous une forme plus ou moins dépouillée, qui se retrouve également dans l'œuvre musicale "Bloodnight" créée en 1982, n'est pas en tant que tel susceptible d'appropriation, ce qui ne remet pas en cause l'originalité de l'œuvre dans son ensemble.

» La question soumise au tribunal français était celle de la contrefaçon reprochée aux parties [défenderesses et demanderesses] par l'auteur de l'œuvre musicale "Bloodnight" créée en 1982.

» Elle portait sur les mêmes mesures litigieuses, répétées à diverses reprises.

» L'expertise judiciaire ordonnée par ce tribunal et confiée au musicologue G.S. a permis de démontrer le caractère original des trois œuvres dans leur ensemble, ainsi que l'existence de similitudes, sans cependant que la juridiction française décide que la contrefaçon de l'œuvre "Bloodnight" était établie.

» La question de la contrefaçon de l'œuvre "Ma vie fout l'camp" par l'œuvre "Frozen" n'a donc pas été tranchée et reste à examiner, sans qu'aucun aveu judiciaire puisse être tiré de l'attitude [du demandeur] qui, dans le cadre du litige français où il avait la qualité de défendeur, contestait l'originalité de l'œuvre "Bloodnight", et non celle de sa propre chanson.

» L'expert mandaté par les [demandeurs] [...] considère que des éléments qui présentent, isolément, un caractère banal, peuvent devenir originaux lorsqu'ils se retrouvent regroupés et deviennent dès lors susceptibles de contrefaçon.

» Cette théorie peut être acceptée, mais doit être justifiée en l'espèce.

» La cour [d'appel] ne peut que constater que les similitudes rencontrées entre les œuvres "Frozen" et "Ma vie fout l'camp", à savoir les quelques mesures, certes pratiquement identiques (mais avec une note en plus) et répétées à plusieurs reprises (mais avec une répétition en plus), qui accrochent l'oreille, se retrouvent dans de nombreuses œuvres antérieures à la chanson composée par [le demandeur].

» Outre les œuvres de musique classique ou les chansons anciennes et folkloriques tombées dans le domaine public, on retrouve des antériorités plus récentes, notamment des chansons de variété, blues ou rock.

» Contrairement à ce qu'a estimé en 2005 le premier juge, qui ne disposait à l'époque que des seuls premiers rapports de l'expert Ricigliano et s'est fondé uniquement sur neuf antériorités — les neuf mélodies de comparaison citées dans le rapport du 23 juin 2005 — la cour [d'appel] a constaté que d'autres antériorités relevées présentent également un caractère très proche de la chanson "Ma vie fout l'camp" et une similitude à l'audition qui peut être aisément perçue par une oreille non avertie, sans procéder à une savante analyse, et ce de manière particulièrement flagrante pour les titres "The Nights The Lights Went Out in Georgia" (Bobby Russell, 1972) et "Livin' On A Prayer" (John Bon Jovi, 1986).

» Confrontés à ces antériorités destructrices d'originalité, il appartient aux [demandeurs] de prouver que, malgré cet emprunt apparent, l'originalité de la chanson "Ma vie fout l'camp", et plus particulièrement des mesures litigieuses reprises dans la chanson "Frozen", n'est pas restreinte ou compromise par les éléments antérieurs.

» Leur expert [...] affirme de manière péremptoire, mais sans le démontrer, dans son dernier rapport du 13 avril 2013, que "toutes les antériorités relevées par les experts n'atteignent jamais le même quota de points objectifs de démonstration de similitude", et estime qu'il n'existe aucune similarité à l'audition entre les antériorités et la chanson "Ma vie fout l'camp", avant de procéder exclusivement à une comparaison entre "Frozen" et "Ma vie fout l'camp".

» Cette analyse n'est pas partagée par la cour [d'appel] qui décèle à l'oreille, aux termes d'une première écoute, une similitude manifeste de "Ma vie fout l'camp" avec les chansons "The Nights The Lights Went Out in Georgia" (antériorité n° 2 du premier rapport Ricigliano) et "Livin' On A Prayer" (antériorité du rapport Ferrara), ces similarités s'accroissant lors d'auditions répétées.

» Les [demandeurs] critiquent le fait que certaines antériorités invoquées seraient postérieures à la création de "Ma vie fout l'camp" (officiellement déposée en 1993, mais composée selon eux à la fin des années 1970).

» Cette critique doit être écartée.

» D'une part, la date exacte de création de "Ma vie fout l'camp" n'est pas établie de manière certaine.

» D'autre part, il est admis que, pour démontrer le manque d'originalité d'une œuvre, notamment en raison de son caractère banal, des œuvres postérieures peuvent également être prises en compte.

» Le doute subsiste quant à la marque de l'originalité des mesures litigieuses dont les [demandeurs] ne parviennent pas à apporter la preuve, leur répétition à diverses reprises sous forme de début de couplet dans le cadre d'une structure commune à de nombreuses chansons populaires n'étant pas significative.

» Il s'en déduit que ces mesures, leur combinaison et leur répétition ne portent pas suffisamment la touche personnelle [du demandeur] pour présenter l'originalité requise pour être protégées par le droit d'auteur.

» La partie de la ligne mélodique de "Ma vie fout l'camp" se retrouvant dans "Frozen" ne présente pas une originalité suffisamment marquée pour justifier cette protection.

» Partant les extraits de "Frozen" ne constituent pas une reproduction illégale des extraits litigieux de la chanson "Ma vie fout l'camp" et la contrefaçon n'est pas établie ».

Griefs.

Première branche.

1. En vertu de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, tel qu'il a été modifié par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de

certain aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie.

En vertu de cette disposition, une œuvre littéraire ou artistique est protégée par le droit d'auteur si elle est originale, en ce sens qu'elle est la création intellectuelle propre à son auteur.

Une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci. Tel est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs.

Il suffit à l'originalité requise par la loi pour la protection par le droit d'auteur que la création reflète la personnalité de son auteur, sans que soient requis ni pertinents un degré, une suffisance, une marque ou toute considération autre que la présence, dans la création litigieuse, du reflet de la personnalité de l'auteur.

2. L'arrêt, après avoir considéré notamment que « l'originalité doit être marquée », ce qui implique que si, après examen de l'originalité, un doute raisonnable subsiste, la protection par le droit d'auteur doit être refusée, énonce en règle que, « en résumé, il ne peut y avoir contrefaçon que si la ressemblance porte sur des éléments suffisamment originaux de l'œuvre première qui expriment une création intellectuelle propre à son auteur ».

Examinant les deux premières mesures répétées de la chanson du demandeur, et dont celui-ci reprochait la reprise dans la chanson commercialisée par les défenderesses, l'arrêt conclut l'examen des mesures litigieuses par les juges d'appel en énonçant que « le doute subsiste quant à la marque de l'originalité des mesures litigieuses dont les [demandeurs] ne parviennent pas à apporter la preuve », et en déduit « que ces mesures, leur combinaison et leur répétition ne portent pas suffisamment la touche personnelle [du demandeur] pour présenter l'originalité requise pour être protégées par le droit d'auteur » et que « la partie de la ligne mélodique de "Ma vie fout l'camp" [chanson du demandeur] ne présente pas une originalité suffisamment marquée pour justifier cette protection ».

3. En exigeant ainsi la preuve de « la marque de l'originalité » et en refusant à la création litigieuse la protection par le droit d'auteur à défaut de porter « suffisamment la touche personnelle » de l'auteur et ainsi de présenter « une originalité suffisamment marquée », l'arrêt soumet cette protection à la condition que le reflet de la personnalité de l'auteur, et par là l'originalité, soit marqué ou suffisant, condition étrangère au reflet de la personnalité de l'auteur, seul requis par la loi, et ainsi à l'originalité requise par l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Il viole par là cette disposition légale ainsi que la disposition de droit de l'Union européenne qu'elle transpose, à savoir l'article 2, sous a),



3, § 1^{er}, et 4, § 1^{er}, de la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

4. Si l'arrêt doit se lire comme appliquant à la création litigieuse, c'est-à-dire à une partie d'une chanson, l'article 21, alinéas 1^{er} et 2, de la loi uniforme Benelux sur les dessins et modèles du 25 octobre 1966, dispositions en vertu desquelles un dessin ou modèle n'est protégé par le droit d'auteur que s'il présente un caractère artistique marqué, il viole ces dispositions qui ne sont applicables qu'aux dessins et modèles au sens défini par l'article 1^{er} de cette même loi, et par là, il viole aussi cette dernière disposition selon laquelle peut être protégé comme dessin ou modèle l'aspect nouveau d'un produit ayant une fonction utilitaire, ce qu'une chanson ou partie de chanson n'est pas.

Seconde branche (subsidaire).

1. L'originalité requise par l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins s'apprécie au moment de la création de l'œuvre concernée au regard exclusivement d'éléments antérieurs et non d'éléments postérieurs.

En l'espèce, l'arrêt fonde sa décision sur la considération qu'« il est admis que pour démontrer le manque d'originalité, notamment en raison de son caractère banal, des œuvres postérieures peuvent également être prises en compte ».

En fondant ainsi sa décision sur un principe contraire à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994, l'arrêt viole cette disposition et n'est dès lors pas légalement justifié.

2. À tout le moins, il ressort de l'arrêt que :

— la ligne mélodique de la chanson du demandeur, intitulée « Ma vie fout l'camp » et dont la contrefaçon était reprochée, est présentée par les demandeurs comme ayant été composée « à la fin des années 1970 » et le texte seul a été déposé « à la SACEM le 27 mars 1981, mais enregistré le 27 octobre 1982 »,

— le titre de cette chanson (parole et musique) est déposé à la SABAM le 14 juillet 1993,

— la chanson « The Nights The Lights Went Out in Georgia » de Bobby Russell date de 1972, et la chanson « Livin' On A Prayer » de John Bon Jovi date de 1986,

— les juges d'appel considèrent la date exacte de création de la chanson « Ma vie fout l'camp » comme n'étant pas établie de manière certaine.

En s'appuyant (par deux fois) sur la similarité à l'audition entre la chanson litigieuse « Ma vie fout l'camp », dont la date de création est jugée incertaine, et les deux chansons « The Nights The Lights Went Out in Georgia » et « Livin' On A Prayer », pour dénier à la première l'originalité requise pour sa protection, l'arrêt est affecté d'une double ambiguïté dans ses motifs, violant par là l'article 149 de la Constitution.

D'une part, on ne peut pas déterminer si les juges d'appel ont constaté la similarité à l'audition en rapport avec les deux chansons « The Nights The Lights Went Out in Georgia » et « Livin' On A Prayer » considérées ensemble ou considérées séparément.

D'autre part, on ne peut pas déterminer si les juges d'appel, bien qu'ils considèrent la date exacte de création de la chanson litigieuse comme n'étant pas établie de manière certaine, ont pris en considération la date avancée par les demandeurs à savoir « la fin des années 1970 », ou s'ils ont considéré la chanson comme créée en 1981, en 1982 ou en 1993.

3. Or, la décision des juges d'appel n'est conforme au principe selon lequel l'originalité d'une œuvre s'apprécie au regard des seuls éléments antérieurs à sa création (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 précitée), que :

— dans l'hypothèse où ils ont considéré la chanson litigieuse comme composée à la fin des années 1970, en 1981 ou en 1982 et où ils ont déduit la similarité à l'audition de la chanson « The Nights The Lights Went Out in Georgia » (1972) indépendamment de la chanson postérieure « Livin' On A Prayer » (1986), ou

— dans l'hypothèse où ils ont considéré la chanson litigieuse comme composée en 1993 et où ils ont déduit la similarité à l'audition de l'une ou de l'autre des deux chansons de 1972 et 1986, ou des deux ensemble.

En revanche, la décision des juges d'appel viole l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 dans l'hypothèse où ils ont considéré la chanson litigieuse comme composée à la fin des années 1970, en 1981 ou en 1982, et où ils ont déduit la similarité à l'audition des chansons de 1972 et de 1986 considérées ensemble, ce qui revient alors — en contradiction avec la loi — à apprécier l'originalité au moyen d'un élément postérieur, fût-ce en partie, ce qui n'affecte pas l'illegalité dénoncée.

Étant ainsi légal dans certaines interprétations possibles et illégal dans d'autres, l'arrêt, qui est entaché d'ambiguïté, n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

III. La décision de la Cour.

Quant à la première branche.

Pour qu'une œuvre puisse bénéficier de la protection de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, il est nécessaire mais suffisant de prouver qu'elle est originale en ce sens qu'elle est une création intellectuelle propre à son auteur. Une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci. Tel est le cas si l'auteur a exprimé ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs.

Les différentes parties d'une œuvre bénéficient de la protection de la loi précitée à condition de contenir des éléments qui sont

l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre. Elles ne bénéficient pas de cette protection si elles sont banales.

L'arrêt constate que « le plagiat musical rapproché [aux demandeurs par les défendeurs] ne concerne pas l'ensemble de la chanson, mais [...] les deux premières mesures du premier couplet chanté [...], répétées à deux reprises ».

Il considère que « la chanson "Ma vie fout l'camp", composée par [le demandeur], est en soi une création originale, empreinte de la personnalité de son compositeur, et mérite protection dans son ensemble » ; qu'« il convient de vérifier si les éléments repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur ; [que] les mesures litigieuses sont en soi relativement banales et [qu']il a pu être démontré par les [défendresses] que ces lignes mélodiques [...] se retrouvent dans de nombreuses autres œuvres antérieures ; [que] la plupart des experts consultés [...] sont d'accord pour considérer que les mesures de la chanson "Ma vie fout l'camp" se retrouvant dans "Frozen" ne présentent pas une originalité suffisante, susceptible de bénéficier d'une protection ; [qu'] il a été jugé par le tribunal de grande instance de Paris le 6 janvier 2012 que ce passage relativement courant [...], qui se retrouve également dans l'œuvre musicale "Blood-night", [...] n'est pas en tant que tel susceptible d'appropriation » ; que « les similitudes rencontrées entre les œuvres "Frozen" et "Ma vie fout l'camp", à savoir les quelques mesures [...], qui accrochent l'oreille, se retrouvent dans de nombreuses œuvres antérieures à la chanson composée par [le demandeur] » et que « le doute subsiste quant à la marque de l'originalité des mesures litigieuses dont [les demandeurs] ne parviennent pas à apporter la preuve, leur répétition à diverses reprises sous forme de début de couplet dans le cadre d'une structure commune à de nombreuses chansons populaires n'étant pas significative ».

L'arrêt en déduit que « ces mesures, leur combinaison et leur répétition ne portent pas suffisamment la touche personnelle [du demandeur] pour présenter l'originalité requise pour être protégées par le droit d'auteur [et que] la partie de la ligne mélodique de "Ma vie fout l'camp" se retrouvant dans "Frozen" ne présente pas une originalité suffisamment marquée pour justifier cette protection ».

Par ces énonciations, d'où il ressort que, compte tenu notamment des œuvres antérieures invoquées par les défendeurs, les demandeurs n'établissent pas que les extraits litigieux de la chanson du demandeur ne sont pas banales mais reflètent la personnalité de leur auteur, l'arrêt justifie légalement, sans faire application de l'article 21, alinéas 1^{er} et 2, de la loi uniforme Benelux sur les dessins et modèles, sa décision que « les extraits litigieux de "Frozen" ne constituent pas une reproduction illégale des extraits litigieux de la chanson "Ma vie fout l'camp" et [que] la contrefaçon n'est pas établie ».

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.



Quant à la seconde branche.

L'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins n'exclut pas que, dans certaines circonstances, le tribunal puisse tenir compte d'œuvres postérieures pour apprécier la banalité de l'œuvre litigieuse.

Le moyen, qui, en cette branche, repose tout entier sur le soutènement contraire, manque en droit.

Par ces motifs :

La Cour

Rejette le pourvoi

[...]

Observations

L'affaire Madonna ou le triomphe de l'anecdote

L'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2015 rendu dans l'affaire *Madonna* constitue l'épilogue d'une longue procédure au cours de laquelle l'anecdote a le plus souvent triomphé du droit d'auteur, au grand dam des spécialistes de la matière. Ainsi du début à la fin, l'anecdote a rythmé le procès. Elle en est l'origine, l'intrigue et le dénouement. Dans cette courte note, nous nous proposons de revenir brièvement sur les événements ayant concouru à son formidable triomphe.

1. L'origine

1. À l'origine était une mélodie de quelques notes (« Do Do Do ; Si Si Si ; La Sol La »). D'harmonie, il était à peine question, lesdites notes étant simplement accompagnées d'un accord de tonique (« La mineur »). Pas plus la rythmique ne devait présenter quelque singularité, consistant en la répétition d'une même fi-

gure basique (« Demi-soupir ; trois croches »). Bref, une de ces « petites monnaies » (ainsi qu'on les nomme dans la doctrine du droit d'auteur) dont on s'étonnera à peine qu'il soit possible d'en trouver toute une série d'occurrences dans le patrimoine musical mondial¹. Qu'à cela ne tienne, l'auteur d'une chanson dont lesdites notes ainsi harmonisées et rythmées constituaient le couplet, revendique leur paternité et s'en prend à une icône de la pop à raison des similitudes que présentent leurs chansons respectives.

2. On enseigne classiquement que la mélodie à elle seule peut déjà donner prise au droit d'auteur. L'harmonie et la rythmique, dit-on, ne pourront par contre prétendre à la protection du droit d'auteur qu'appliquées à ladite mélodie². En tout état de cause, encore faut-il pour pouvoir être protégés que lesdits éléments, envisagés isolément et/ou en combinaison, satisfassent à la condition d'« originalité ».

Depuis que la Cour de justice de l'Union européenne bat la mesure, on sait que la notion s'entend de la « création intellectuelle propre à son auteur », ce qui suppose que ce dernier ait effectué des choix « libres et créatifs » par lesquels il a pu imprimer à l'œuvre sa « touche personnelle ». On sait aussi que les parties d'une œuvre sont protégées au même titre que l'œuvre entière lorsqu'elles participent à son originalité³. Malgré quelques errements⁴, notre Cour de cassation a fait siens ces différents enseignements⁵. Ceci étant, leurs contours demeurent évasifs et l'on se perd en conjectures lorsqu'il s'agit d'établir, *ex ante*, si tel ou tel objet est ou non original. Quant à déterminer *ex post* ce qui a finalement conduit un juge à trancher dans un sens ou dans l'autre, la tâche est souvent tout aussi ardue.

3. S'il ne fait pas de doute que les chansons respectives du sieur Acquaviva (« Ma vie fout l'camp ») et de Madonna (« Frozen ») sont incontestablement originales, nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'à notre estime, le motif litigieux ne devrait en aucun cas attirer la protection du droit d'auteur⁶. Car si les

choix qui ont présidé à sa conception sont peut-être « libres », ils ne nous paraissent aucunement « créatifs ». En effet, en raison des contraintes qui pèsent sur la création musicale occidentale — largement assujettie aux règles de l'harmonie tonale — nous pensons qu'il n'y a rien d'improbable à ce que plusieurs auteurs « créent » indépendamment ce même motif.

Aussi, eu égard à l'économie générale du système, doit-on considérer que tous sont — le cas échéant — des « créateurs indépendants » pareillement protégés par le droit d'auteur⁷, ou au contraire qu'aucun d'entre eux ne peut bénéficier de la protection du droit d'auteur sur ledit motif ? En opportunité, la seconde option nous paraît préférable⁸. En effet, retenir la première option confronterait irrémédiablement le créateur second en date, appelé à prouver le caractère indépendant de sa création, à une difficulté insurmontable en pratique chaque fois qu'il aura raisonnablement pu avoir connaissance de l'œuvre première⁹. Dans ce cas, la « présomption de copie » qui s'attache aux similitudes entre deux œuvres — et que notre Cour de cassation a expressément consacrée au stade de la contrefaçon¹⁰ — sera le plus souvent impossible à renverser. Malheur ainsi à celui qui, ayant côtoyé le banal, aura versé pareillement dans le trivial...

4. C'est pourtant dans cette logique que s'est inscrit le premier juge¹¹. Après avoir conclu — sans analyse serrée et pour des motifs parfois tout à fait erronés¹² — à l'originalité de « Ma vie fout l'camp » et à l'existence des similitudes avec « Frozen », il s'arrête longuement sur l'anecdotique « Madonna a peut-être séjourné à Mouscron fin des années 1970 ». Un « (...) faisceau de preuves à suffisance précises et concordantes (...) » l'amène alors à la conclusion que Madonna « (...) a bien eu accès à l'information musicale qui lui a permis, deux décennies plus tard, de recomposer le thème récurrent et accrocheur de la chanson "Frozen" ». Le couperet tombe : il y a contrefaçon. Nous sommes en 2005.

(1) Voy. notamment l'arrêt de la cour d'appel de Mons (3 février 2014, *A&M*, 2014, p. 243, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 254, note T. VAN INNIS, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY) et les rapports d'expertise.

(2) Voy. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1976, p. 140, n° 109. La cour d'appel de Mons, dans son arrêt précité (note 1), a fait sien cet enseignement. Voy. également Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707 (qui souligne que c'est la juxtaposition de la mélodie, de l'harmonie et du rythme qui est protégeable).

(3) Voy. spécialement C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades*, aff. C-5/08 ; C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, aff. C-145/10 ; C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e.a. c. Yahoo! UK e.a.*, aff. C-604/10. Brièvement sur cette jurisprudence, voy. notamment notre note sous l'arrêt précité (note 1) de la cour d'appel de Mons, J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », note sous Mons, 3 février

2014, *R.D.C.*, 2014, p. 520, n° 5. Sur cette jurisprudence de manière générale, voy. E. ROSATI, *Originality in EU Copyright - Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013.

(4) Voy. Cass., 26 janvier 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 202, n° 69, *A&M*, 2012, p. 336, note F. BRISON, *Ann. prat. Marché*, 2012, p. 939, note A. HALLEMANS, *I.R.D.I.*, 2012, note F. GOTZEN, *J.L.M.B.*, 2012, p. 977, note A. JOACHIMOVICZ, *R.W.*, 2012-2013, p. 578, note H. VANHEES, *R.D.C.*, 2012, p. 610, note B. MICHAUX. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait manifestement entendu se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice, tout en énonçant (contrairement à sa jurisprudence antérieure et à celle de Luxembourg) que l'originalité ne requiert pas l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Cet arrêt a été unanimement condamné par la doctrine et la Cour en est depuis lors revenue à une jurisprudence orthodoxe (voy. la jurisprudence citée à la note suivante).

(5) Cass., 31 octobre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2114, n° 569, *J.L.M.B.*, 2014, p. 445, *R.W.*, 2013-2014, p. 1464, note H. VANHEES ; Cass., 17 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 732, n° 211, concl. av. gén. J.-M. Génicot, *A&M*, 2015, p. 65, note Y. VANDENDRIESSCHE, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 251, *J.L.M.B.*, 2015, p. 680. L'arrêt commenté s'inscrit dans la même lignée.

(6) « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 3), pp. 529-530, n° 21.

(7) Sur la création indépendante, voy. spécialement M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante » *A&M*, 2004, pp. 477 et s. ; M. BUYDENS, « La théorie de la création indépendante consacrée par la Cour de cassation », *I.R.D.I.*, 2009, pp. 416 et s.

(8) En outre, cette seconde option nous paraît la seule juridiquement valide, pour des motifs que nous avons largement développés dans notre thèse de doctorat (*L'objet de la protection du droit d'auteur - Contribution à l'étude de la liberté de créa-*

tion, Thèse de doctorat en sciences juridiques, U.L.B., 2016) et qui, par leur ampleur, ne peuvent être exposés dans cette courte note.

(9) Sur cette problématique en général et l'impact d'Internet en particulier, voy. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté, un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », in *20 ans de nouveau droit d'auteur - 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 17 et s.

(10) Cass., 3 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1782, n° 476, *A&M*, *R.I.D.A.*, 2006/208, p. 242.

(11) Civ. Mons, cess., 18 novembre 2005, *A&M*, 2006, p. 264, note A. STROWEL, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1855, *R.I.D.A.*, 2006/208, p. 242.

(12) Le juge avait notamment tiré argument de ce que l'enregistrement de l'œuvre à la Sabam constituerait une reconnaissance par celle-ci de son originalité (ce qui n'est aucunement le cas et ne pourrait, en tout état de cause, constituer une présomption d'originalité).



2. L'intrigue

5. L'historiette ne devait évidemment pas en rester là. Madonna et ses éditeurs interjetèrent appel de ce jugement qui leur est défavorable et se préparèrent à rejouer la scène en appel, l'année suivante.

L'intrigue prend alors un tour inattendu...

La cause a déjà été prise en délibéré par la cour d'appel de Mons¹³ lorsque l'on apprend la nouvelle : Acquaviva, Madonna et leurs éditeurs respectifs sont assignés en contrefaçon en France par les auteurs d'une œuvre intitulée « Bloodnight », dont le début du thème est similaire au motif litigieux ! La procédure dure près de six ans et connaît une issue bien différente de celle qu'elle avait connue en Belgique. Dans son jugement du 16 janvier 2012 (définitif et non frappé d'appel)¹⁴, le tribunal de grande instance de Paris déboute en effet les demandeurs, considérant au regard de l'expertise qu'il avait sollicitée que la contrefaçon n'est pas caractérisée car le motif litigieux « (...) est couramment utilisé sous une forme plus ou moins dépouillée et n'est pas en tant que tel susceptible d'appropriation (...) ». Dit plus simplement, ledit motif ne remplit pas la condition d'originalité. Les juges parisiens retiennent ainsi la seconde option esquissée ci-dessus qui, nous l'avons dit, a clairement notre préférence.

Alors, coup de théâtre ou péripétie d'un récit cousu de fil blanc ? L'expert nommé par la juridiction parisienne fournit la réponse : « (...) il faut admettre dans le cas présent, que la suite mélodique seule de cinq notes, commune aux trois œuvres, de faible ambitus (mouvement conjoint évoluant par degrés successifs), peut parfaitement inspirer un compositeur sans que celui-ci ait eu à puiser dans une œuvre préexistante (...) ». En

d'autres termes, le motif litigieux est absolument « banal » et il n'y aurait rien d'étonnant à ce qu'il soit employé concurremment par plusieurs auteurs, sans que l'un ait copié l'autre, ainsi que nous l'avions suggéré.

6. Cette notion de « banalité » est au cœur de la motivation de l'arrêt subséquent de la cour d'appel de Mons du 3 février 2014¹⁵. S'inscrivant dans un raisonnement similaire à celui tenu par les juges parisiens, la cour déclare l'appel fondé, considérant que le motif litigieux est banal et n'est donc pas original. En conséquence, toute considération relative à l'éventuelle copie par Madonna à la suite d'un hypothétique séjour à Mouscron est dépourvue de pertinence.

Mais qu'est-ce que la banalité ? On dit de la notion qu'elle est l'antonyme de l'originalité¹⁶ et force est de constater que les juges belges refusent fréquemment la protection du droit d'auteur (notamment en matière musicale) au motif que l'œuvre est banale¹⁷. Ceci dit, l'emploi du terme n'est pas dépourvu d'équivoque et il semble qu'il puisse recevoir deux acceptions différentes dans la jurisprudence¹⁸.

6.1. Suivant une première acception, la banalité se confond largement avec l'absence de nouveauté¹⁹. C'est essentiellement en ce sens que la cour d'appel de Mons semble entendre la notion. Ainsi énonce-t-elle d'emblée que « (...) les mesures litigieuses sont en soi relativement banales et il a pu être démontré par les appelantes que ces lignes mélodiques — 3.2.1.7.1 — se retrouvent dans de nombreuses œuvres antérieures ».

On sait que l'originalité ne se confond pas avec la nouveauté et que l'absence de nouveauté n'emporte pas nécessairement l'ab-

sence d'originalité²⁰. Il n'empêche qu'en pratique, le défendeur tentera le plus souvent de contester l'originalité de l'œuvre du demandeur en produisant des antériorités similaires²¹. Cette pratique, communément admise, ressortit en réalité au régime de la charge de la preuve et repose sur une même « présomption de copie » que celle consacrée par la Cour de cassation²² au stade de la contrefaçon²³. L'idée, à nouveau, est que s'il est possible de trouver une œuvre antérieure similaire à l'œuvre du demandeur, alors ce dernier est présumé l'avoir copiée — et donc ne pas avoir fait œuvre originale — sauf pour lui à démontrer soit que l'œuvre n'est en réalité pas antérieure²⁴, soit qu'il n'en avait pas connaissance²⁵ de sorte que, dans un cas comme dans l'autre, il n'a pu la copier.

En suivant cette logique, on comprend que les postériorités n'ont rien à faire dans le débat puisqu'elles sont impuissantes à mettre en action la présomption de copie. Dans ce contexte, il est dès lors tout à fait erroné d'énoncer comme l'a fait la cour d'appel qu'« (...) il est admis que, pour démontrer le manque d'originalité d'une œuvre, notamment en raison de son caractère banal, des œuvres postérieures peuvent également être prises en compte ». L'arrêt sera logiquement attaqué sur ce point devant la Cour de cassation. Nous y reviendrons.

6.2. La banalité peut cependant s'entendre d'une autre manière, pour désigner cette fois l'absence de créativité²⁶. Suivant cette seconde acception, on rentre dans une logique toute autre puisqu'il n'est plus question de déduire l'absence d'originalité d'un acte présumé de copie. Il s'agit cette fois de refuser l'accès d'une œuvre à la protection pour des motifs qui, jusqu'à présent, échappent à toute possibilité de systématisation.

(13) Voy. Mons, 5 décembre 2006, A&M, 2007, p. 252, note K. VAN DER PERRE (réouverture des débats, en application de l'article 772 du Code judiciaire).

(14) T.G.I. Paris, 6 janvier 2012, n° RG 06/15721, inédit.

(15) Précité (note 1).

(16) Voy. en France P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 46, n° 34.

(17) Voy. notamment J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 3), p. 522, n° 9 et la jurisprudence citée.

(18) Il s'agit là d'une des conclusions auxquelles nous sommes parvenus dans le cadre de notre thèse de doctorat précitée (note 8). Nous avions par ailleurs déjà évoqué cette possible double lecture de l'emploi du terme « banalité » par la cour d'appel de Mons, voy. « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 3), p. 522, n° 9-10. On relèvera que depuis un certain temps déjà, d'aucuns en doctrine avaient semblé percevoir cette double acception du terme « banalité », voy. spécialement F. GOTZEN, « Het Hof van Cassatie en het begrip "oorspronkelijkheid" in het Belgisch auteursrecht — Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken? », *Computerter.*, 1990, p. 162 : « (...) Is er wél een keuze voorhanden dan kan er sprake zijn van originaliteit. Dit zal

het geval zijn wanneer de auteur een vorm uitzoekt die hem eigen is, d.w.z. die niet degene is die ook de meeste anderen zouden hebben gebruikt om een zelfde gegeven uit te drukken. Dit vergt meer dan gewoon een vaststelling dat een werk niet banaal is. Het woord 'banaal' betekent immer slechts dat iets reeds zeer veel voorkomt. Uiteraard zullen banale expressies niet worden beschermd. Het gebrek aan originaliteit kan echter ook een vorm treffen die nog nooit eerder was vermoend, maar toch te zeer voor de hand ligt (...) ».

(19) Voy. pour un exemple en matière musicale, Bruxelles, 6 décembre 2007, A&M, 2008, p. 40, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 17, J.L.M.B., 2008, p. 918 : « (...) "Daydream" commence par une unité de deux notes identiques, sur lesquelles est chanté le premier mot des paroles; le procédé qui consiste à débiter une section musicale ou une mélodie par une répétition de deux notes n'est en rien original et est commun au genre musical de la variété auquel appartient "Daydream", si l'on en juge par les chansons composées avant "Daydream" et qui se retrouvent sur le CD IV, 2 du dossier des éditeurs, comme par exemple "Fever" ou "Sunny" (...) ; (...) il s'agit d'une répétition tout à fait banale de deux notes (...) ; (...) procédé banal de répétition de deux notes (...) ».

(20) Sur les rapports entre l'originalité

et la nouveauté, voy. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté, un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », *op. cit.* (note 9), pp. 22-49.

(21) Spécialement en matière musicale, il en va ainsi en Belgique comme en France, voy. J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 3), p. 522, n° 9 et la jurisprudence citée.

(22) Voy. *supra*, note 10.

(23) Voy. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté, un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », *op. cit.* (note 9), pp. 36-40.

(24) Les œuvres postérieures ainsi que celles qui n'ont pas date certaine ne sont normalement pas retenues dans le cadre de l'appréciation de l'originalité, voy. pour un exemple en matière musicale Bruxelles, 18 décembre 2008, *op. cit.* (note 2) : « (...) la Sabam a communiqué les titres de quatorze œuvres comportant un thème similaire. Certes, parmi cette liste, certaines œuvres ne sont pas datées ou sont postérieures (...) » (la cour ne mentionne ensuite que celles qui sont antérieures à la date du dépôt à la Sabam de l'œuvre prétendument originale).

(25) C'est l'hypothèse de la création indépendante, laquelle n'est pratiquement jamais admise en pratique, voy. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté, un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », *op. cit.*

(note 9), pp. 31-32. En matière musicale, on trouve un exemple où la création indépendante a été admise (au stade de la contrefaçon), voy. Civ. Bruxelles, 15 octobre 2004, A&M, 2006, p. 260, note A. STROWEL. Le jugement a toutefois été réformé précisément sur ce point, voy. Bruxelles, 18 décembre 2008, *op. cit.* (note 2). (26) À suivre Frank Gotzen, on pourrait considérer que n'est pas créative la forme qui est « celle que la plupart des autres auraient utilisé pour exprimer une même donnée » (voy. *supra*, note 18). En ce sens, la cour d'appel de Bruxelles a par exemple considéré que le slogan « Zoveel mensen, zoveel schoenen » (« Autant de personnes, autant de chaussures ») n'était pas original car « (...) n'importe qui peut, dans des circonstances quelconques, faire une application particulière de l'expression proverbiale "zoveel mensen, zoveel..." », voy. Bruxelles, 21 septembre 2001, A&M, 2002, p. 414, note F. BRISON et A. COPPIETERS : « (...) Op zich beschouwd is hij zelfs banaal en draagt hij niet het stempel van een maker : elkeen kan zonder originaliteit te doen blijken van het spreekwoord in willekeurige omstandigheden een toepassing maken naar een specifieke variabele veelheid toe ("zoveel mensen, zoveel...") (...) ».



En effet, comment et avec quels outils apprécier cette créativité ? La recherche d'antériorités est d'un bien maigre secours étant entendu qu'en tout état de cause, la nouveauté ne suffit pas à constituer l'originalité de l'œuvre²⁷. Le critère du « choix libre » n'apparaît pas plus déterminant, car si la liberté de choix est certes nécessaire au déploiement d'une certaine créativité, elle n'assure pas pour autant son exercice²⁸. On est donc forcé de rechercher sans méthode aucune ce « je ne sais quoi » digne d'être érigé au rang de « choix créatif » et d'imprimer ainsi à l'œuvre la « touche personnelle » de son auteur.

De tout temps on a souligné à cet égard la « subjectivité » des juges qui, s'ils ne peuvent prendre en considération le « mérite » et la « destination » d'une œuvre, ne parviennent probablement pas à se départir de leur opinion sur ce point²⁹. Le tout est évidemment de ne pas le dire... Aussi, lorsque la cour d'appel de Mons répète à tour de bras que le motif litigieux « ne présente pas une originalité suffisante », qu'il « ne porte pas suffisamment la touche personnelle de son auteur » ou encore qu'il « ne présente pas une originalité suffisamment marquée », elle donne encore une fois du grain à moudre aux plaideurs en cassation. Et ce d'autant plus que les références au caractère « marqué » de l'originalité et à l'interprétation de ce terme par la Cour de justice Benelux³⁰ dans le cadre de l'article 21 de l'ancienne loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles (L.B.D.M.), outre qu'elles ne sont plus d'actualité, n'ont absolument pas leur place en matière musicale³¹...

Ainsi, alors qu'au fond la solution entérinée pouvait à notre avis être approuvée³², la cour d'appel de Mons avait à ce point négligé la forme que son arrêt devait immanquablement être soumis à la censure de la Cour de cassation.

3. Le dénouement

7. D'aucuns pariaient probablement sur une cassation certaine. Mais c'était sans compter sur le caractère rocambolesque de cette af-

faire qui se devait d'offrir au lecteur un dénouement sensationnel !

7.1. La première branche du moyen unique était évidemment tirée de ce que l'originalité n'est pas de degré — elle est ou n'est pas³³ de sorte qu'il ne peut être question d'originalité « insuffisante » — à quoi s'ajoutait le fait que s'il faut lire le terme « marqué » comme une application de la L.B.D.M., il y a violation de cette dernière législation, inapplicable en l'espèce.

À la lecture de l'arrêt de la cour d'appel de Mons, on se convainc aisément de ce que ce vocabulaire malheureux n'a pu infléchir la décision sur l'originalité. En effet, les rapports d'expertise de la majorité des experts consultés, la décision du tribunal de grande instance de Paris et l'existence d'un certain nombre d'antériorités sont autant d'éléments qui devaient nécessairement incliner les juges belges à repousser la demande. Qu'importe, s'attachant plus à la lettre qu'à l'esprit de l'arrêt, l'avocat général délégué conclut à la cassation sur ce point.

Dans un acte — prévisible³⁴ et bienvenu — de « trahison » sans lequel il n'est pas de grande histoire, la Cour de cassation se détourne toutefois de son avocat général délégué et plutôt que de le suivre sur ce point, s'en remet — comme à l'accoutumée en matière d'originalité³⁵ — à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il faut dire aussi que par sa dernière incartade sur ce terrain, la Cour de cassation s'était attirée les foudres d'une doctrine unanime³⁶. Chat échaudé craignant l'eau froide, se dira-t-on, la Cour rejette le moyen et souligne que les juges ont légalement justifié leur décision en considérant que, compte tenu notamment des antériorités produites au débat, Acquaviva n'était pas parvenu à démontrer que le motif litigieux ne serait pas banal et refléterait sa personnalité.

7.2. Le rejet de la première branche du moyen aurait dû marquer la fin de l'épopée. Mais pour qui en doutait encore, c'est sous les auspices d'une Thémis à l'esprit retors que s'était jusqu'alors déroulée la procédure, qui

devait s'amuser une dernière fois à déjouer les attentes...

Dans sa seconde branche, soulevée à titre subsidiaire, le moyen était dirigé en particulier contre l'affirmation de la cour d'appel suivant laquelle les postériorités peuvent être prises en compte dans l'appréciation de l'originalité de l'œuvre, en contradiction avec le principe suivant lequel l'originalité devrait s'apprécier au moment de la création et donc uniquement au regard d'éléments antérieurs à celle-ci³⁷.

L'avocat général délégué, ayant conclu à la cassation sur la première branche, n'avait pas pris la peine de conclure sur cette seconde branche qui n'aurait pu entraîner une cassation plus étendue. Quant à la Cour, au vu de sa réponse à la première branche du moyen, on pouvait imaginer qu'elle entendrait rejeter la seconde branche également, en empruntant à cet effet l'un ou l'autre chemin de traverse qu'offre la technique de cassation³⁸. Que nenni... Certes, la Cour repousse le moyen en cette branche, mais en considérant que la thèse qu'il contient « manque en droit » ! Ainsi, la Cour énonce de but en blanc que « (...) dans certaines circonstances, le tribunal [peut] tenir compte d'œuvres postérieures pour apprécier la banalité de l'œuvre litigieuse (...) ».

Si la Cour entend la banalité dans la première acception exposée ci-dessus, alors cette partie de l'arrêt doit être fermement condamnée en ce qu'elle est tout à fait erronée (par définition, les postériorités ne peuvent actionner la présomption de copie). Par contre, si la Cour a entendu la banalité dans sa seconde acception, alors l'attendu dont question invite à une certaine réflexion qui, par l'ampleur des développements qu'elle suppose, ne peut être menée dans l'espace restreint de cette note.

8. On a peine à croire que la Cour ait entamé cette réflexion ou l'ait menée à son terme, sans quoi elle nous aurait certainement éclairés sur ces mystérieuses « circonstances ». Probablement s'agissait-il une fois de plus d'une remarque qui se voulait anodine, mais

(27) Voy. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté, un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », *op. cit.* (note 9), pp. 22-24 et 28-29.

(28) Voy. notamment en ce sens également M. BUYDENS, « Quelques réflexions sur le contenu de la condition d'originalité », *A&M*, 1996, p. 385 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 17, n° 19 ; F. GOTZEN, « Overzicht van rechtspraak - Auteurs- en modellenrecht (1990-2004) », *T.P.R.*, 2004, p. 1449, n° 17.

(29) En ce sens en Belgique, voy. notamment A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 68, n° 36. Sur la place de ces critères en droit d'auteur, voy. récemment de manière générale S. VAN GOMPEL et E. LAVIK, « Qualité, mérite, esthétique et destination : examen de l'exclusion par le droit d'auteur de l'U.E. d'autres critères que l'originalité », *R.I.D.A.*, 2013/216,

pp. 100 et s.

(30) C.J. Benelux, 22 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987, p. 139, *J.T.*, 1987, p. 570, obs. A. BRAUN, *R.W.*, 1987-1988, p. 14, *R.C.J.B.*, 1988, p. 568, note L. VAN BUNNEN.

(31) Ainsi que nous l'avons déjà dénoncé, voy. « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 3), p. 521, n° 6, note 16. Voy. également T. VAN INNIS, « Une évidence se perdant dans le brouillard », note sous Mons, 3 février 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 266.

(32) « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 3), pp. 525-526, n° 21.

(33) Voy. notamment F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.* (note 28), p. 18, nos 19-20. Ce principe n'implique aucunement que l'étendue de l'originalité ne pourrait varier suivant la physiognomie du secteur de la création dont relève l'œuvre.

(34) Comp. P. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », *Rev.*

dr. U.L.B., 1999, p. 157 : « (...) comme il se doit dans un système juridique qui fait prévaloir la volonté réelle sur la volonté déclarée, la Cour recherche, au-delà des mots, ce que le juge du fond a voulu décider, le sens précis de sa décision : l'esprit l'emporte sur la lettre (...) ».

(35) Sous réserve d'un arrêt fondateur (Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 908, n° 492, *R.D.C.*, 1989, p. 696, note, *R.W.*, 1989-1990, p. 362) et d'un récent arrêt de 2012 (précité, note 4) particulièrement critiqué, la Cour de cassation s'en est chaque fois remise — dans pas moins de huit arrêts — à l'appréciation de l'originalité réalisée par les juges du fond, témoignant de la marge de manœuvre considérable dont ils disposent.

(36) Voy. *supra*, note 4.

(37) F. DE VISSCHER, « Le facteur "temps" dans l'application de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins », in *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw - Le renouveau du*

droit d'auteur en Belgique, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 428, n° 2.

(38) On pense en particulier à la « substitution de motifs », qui peut être définie comme « (...) la technique par laquelle la Cour de cassation, lorsque le dispositif de la décision attaquée est légal, conforme au droit, mais que les motifs, c'est-à-dire la justification juridique qui en est donnée par le juge, sont erronés en droit, substitue à ces motifs donnés par le juge du fond et critiqués par le pourvoi, un motif de droit, fondé uniquement sur des éléments de fait constatés dans la décision attaquée ou dans les pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, qui justifie légalement la décision attaquée et rejette le pourvoi, en déclarant le moyen irrecevable à défaut d'intérêt (...) », voy. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005) - Droit judiciaire privé - Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 406-497, n° 390.

qui pique au vif les spécialistes de la matière. Ou alors, maître du scénario, la Cour aura voulu entretenir jusqu'au bout le suspense qui atteint ici son climax et surprend le lecteur, impatient d'en connaître le véritable dénouement ! Dans tous les cas, ce qui n'était au départ qu'une simple anecdote parvient ici au faite de la gloire. Quel triomphe !

Sans attendre d'éventuels éclaircissements de la part de la Cour de cassation — qui risquent d'arriver comme les carabiniers d'Offenbach... — et afin de délivrer le lecteur de ce suspense insoutenable, nous nous proposons dans une étude à paraître de mener la réflexion sur le rôle éventuel des postériorités en droit d'auteur³⁹. Et dans l'intervalle, nous l'inviterons à méditer ces mots du compositeur Edgard Varèse, d'une résonance toute particulière pour le propos que nous aurons tenu ici : « (...) Dès que la mélodie domine, la musique devient soporifique. On est contraint de suivre la mélodie dès qu'elle se manifeste, et, avec la mélodie, pénètre l'anecdote (...) »⁴⁰.

Julien CABAY

Collaborateur scientifique du Fonds de la recherche scientifique — F.N.R.S.
Chercheur à l'Université libre de Bruxelles,
Centre de droit privé,
Unité de droit économique

DROIT DES CONTRATS

- Résolution unilatérale
- Conditions
- Conséquences d'une résolution unilatérale irrégulière

Liège (3^e ch. b), 25 janvier 2016

Siég. : B. Prignon.

Plaid. : MM^{es} F. Wautelet et J.-Cl. Riffon.

(s.p.r.l. B. c. V.).

En règle, en vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la résolution d'un contrat doit être prononcée par le juge.

La résolution unilatérale du contrat est toutefois admise dans certaines conditions strictes. Ainsi, il faut notamment que le débiteur ait commis une faute contractuelle d'une gravité suffisante ; il faut que la situation présente une certaine urgence ou que la confiance entre les parties soit irrémédiablement rompue ou que l'exécution du contrat soit devenue impossible ; enfin si l'exécution du contrat demeure possible, le créancier doit préalablement mettre le débiteur en demeure de s'exécuter, et ce dans un délai raisonnable.

En l'espèce, V. reproche à son cocontractant de ne pas avoir entamé les travaux. Or aucune disposition contractuelle ne prévoit que la société était tenue de réaliser les travaux endéans un certain délai. Par ailleurs, il n'est pas démontré que le délai raisonnable à leur réalisation serait dépassé. V. ne s'est par ailleurs jamais inquiété, avant de procéder à la résolution unilatérale du contrat, de l'état d'avancement des travaux. Aucune faute d'une gravité suffisante ne permet donc de justifier la résolution unilatérale, laquelle est donc irrégulière. La cour ne peut davantage prononcer la résolution judiciaire du contrat dans la mesure où aucune faute suffisamment grave n'est établie dans le chef de la société. Par contre, une telle faute peut être épinglée dans le chef de V. La résolution judiciaire est donc prononcée à ses torts.

La résolution impose des restitutions réciproques. La société doit dès lors restituer les acomptes perçus et V. doit indemniser la société pour la perte subie et le gain qu'elle n'a pas pu réaliser. Ce dommage peut faire l'objet d'une évaluation ex æquo et bono.

I. Faits.

1. L'intimée a signé pour commande :

— le 11 juillet 2011 un devis d'un montant de 3.920 EUR pour la fourniture et la pose d'un châssis fixe simple cadre, d'un châssis double ouvrant oscillo-battant, d'une simple porte de garage ouvrant au milieu ;

— le 20 août 2011 un bon de commande pour le remplacement de la porte de façade avant pour le prix de 3.890 EUR ;

— le 11 septembre 2011 un devis d'un montant de 5.430 EUR portant sur un châssis ouvrant oscillant battant et double ouvrant oscillant battant et sur une porte simple ouvrant pour abris de jardin.

L'intimée a payé 2 x 2.000 EUR d'acompte les 25 juillet 2011 et 16 août 2011.

2. Le 8 décembre 2011, le conseil de l'intimée adressait à l'appelante un courrier rédigé comme suit :

« Je suis consulté par V., domiciliée à (...).

» *Ma cliente vous a commandé, en juillet 2011, divers travaux pour lesquels elle a versé des acomptes pour une somme de 4.000 EUR au total.*

» *À ce jour, aucun travail n'a été entamé.*

» *Par la présente lettre, je vous mets en demeure de restituer la somme de 4.000 EUR indûment perçue à mon compte tiers (...) dans les cinq jours de la présente.*

» *Il est évident que ma cliente refuse désormais que les travaux soient effectués par votre société.*

» *À défaut de réponse positive de votre part, j'adresserai à mon huissier de justice un projet de citation à comparaître devant le tribunal civil de première instance de Huy, ce qui vous occasionnera des frais complémentaires de l'ordre de 500 EUR. Je tenais à vous en avertir.*

» *Je vous prie de croire, Messieurs, en l'assurance de ma considération distinguée » (souligné par la cour).*

3. Par courrier du 17 février 2012, le conseil de l'appelante lui répondait comme suit :

« Nous avons l'honneur de porter à votre connaissance que nous sommes consultés par la s.p.r.l. B., dont le siège est sis à (...).

» *Cela nous vaut le plaisir de vous rencontrer à nouveau.*

» *Le gérant de la s.p.r.l. B. nous remet votre courrier du 8 décembre 2011.*

» *La somme de 4.000 EUR n'est pas une somme indûment perçue par notre mandante, mais bien un acompte sur un travail qui lui a été commandé.*

» *V. a signé trois bons de commande en date des 11 juillet et 11 septembre 2011, pour un total de 13.240,00 EUR.*

» *Elle a versé un acompte de 4.000 EUR.*

» *Les châssis ont été fabriqués, et sont prêts à être placés.*

» *Votre mandante a voulu annuler sa commande sur conseil de son nouveau compagnon, alors même qu'elle était passée de longue date et qu'il était impossible de faire marche-arrière sur le plan de la fabrication.*

» *Si le travail n'a pas été entamé, c'est parce que votre mandante refuse actuellement qu'il soit effectué.*

» *Nous vous remercions donc de la ramener à la raison et de l'inviter à prendre contact avec notre mandante, afin que celle-ci puisse intégrer le placement des châssis commandés dans son planning.*

» *Compte tenu du contexte, la présente vous est adressée sous toutes réserves habituelles, et sans aucune reconnaissance préjudiciable.*

» *S'agissant d'une lettre d'intervention, elle est en outre officielle.*

» *Nous vous prions d'agréer, cher confrère, l'expression de nos sentiments les meilleurs » (souligné par la cour)*

4. L'intimée et/ou son conseil n'ont pas donné suite à cette proposition de l'appelante ; les dossiers de pièces soumis à la cour ne comportent aucun échange d'aucune sorte avant le dépôt en première instance d'un procès-verbal de comparution volontaire.

II. Discussion.

1. Il est constant qu'un contrat d'entreprise s'était noué entre les parties.

2. Par l'envoi du courrier du 8 décembre 2011, l'intimée a entendu mettre fin unilatéralement à ce contrat, sans faire application de l'article 1794 du Code civil qui permet au

(39) L'étude, qui portera plus largement sur la notion de banalité en droit d'auteur, sera publiée à la Revue

critique de jurisprudence belge dans le courant de l'année 2017.

(40) Propos rapportés par

G. CHARBONNIER, *Entretiens avec Edgard Varèse*, Paris, P. Belfond, 1970, p. 43. Merci à Guy Cabay pour nous

avoir soufflé cette citation.

