

Réformant pour le surplus;

Dit la demande principale originaire non fondée;

En déboute S.L. et S.A.;

Les condamne aux dépens des deux instances des appelantes, ramenés à la somme de 1.557,98 EUR, et leur délaissent leurs propres dépens.

(...)

Note

L'originalité d'une œuvre musicale

Julien Cabay¹

1. A voir le nombre de cas dont la presse fait régulièrement état, le « plagiat » musical serait répandu². Les cas d'accusation (parfois farfelus) égrenés par les quotidiens d'information se retrouvent toutefois rarement devant les prétoires, la pratique conduisant les prétendus plagés et plagiaires à régler leur différend en « interne », au sein des sociétés de gestion collective.

Dans les quelques cas où une solution non contentieuse ne peut être trouvée, le juge est appelé à la rescousse et le terme imprécis de « plagiat » cède devant celui plus rigoureux (et seul juridiquement exact) de contrefaçon.

Les cas de contrefaçon musicale présentent une vertu. Bien souvent, ils autorisent une appréciation avancée de la compréhension de certains fondamentaux du droit d'auteur par les juridictions. C'est que les juges, plus à l'aise probablement avec les arts de la plume ou du pinceau qu'avec celui de la lyre, prennent souvent un soin particulier à motiver leurs décisions lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur le

caractère protégeable et/ou contrefaisant d'une œuvre musicale. L'arrêt reproduit ci-dessus rendu dans l'affaire *Madonna* s'inscrit dans cette veine.

Celui-ci appelle de nombreux commentaires. L'ensemble de ceux-ci ne peut toutefois être relayé dans cette note, certains requérant d'importants développements. Nous irons donc à l'essentiel, en nous limitant par ailleurs à la seule question de l'originalité³.

Après être rapidement revenu sur les rétroactes de cette affaire (I), nous situerons cet arrêt dans le cadre des développements récents sur la question de l'originalité au niveau de la Belgique et de l'Union européenne (II). Nous nous focaliserons ensuite sur l'appréciation de l'originalité en matière musicale, spécialement au regard de la motivation de la cour d'appel (III), et émettrons un certain nombre de considérations critiques (IV). Enfin, l'on conclura par de brèves observations à la frontière du juridique et de la musique (V).

I. RETOUR SUR L'AFFAIRE *MADONNA*

2. Le litige oppose depuis 2005 l'auteur-compositeur mouscronnois Salvatore Acquaviva aux éditeurs de Madonna pour le territoire belge. Le premier reproche à la seconde d'avoir reproduit dans la chanson « Frozen » plusieurs éléments originaux de sa chanson « Ma vie fout l'camp », dont il allègue l'antériorité. Le passage litigieux se limite à quelques mesures du premier couplet, à savoir suivant la notation employée par la cour d'appel: « 3.3.3. 2.2.2. 1.7.1. » répétées à deux reprises (« Ma vie fout l'camp ») et qui se retrouvent sous une forme comparable mais avec une note de plus dans « Frozen » (« 3.3.3.2. 2.2.2. 1.7.1. »). Pour

le lecteur qui dispose d'une connaissance élémentaire du solfège, la mélodie dont question est « Do Do Do, Si Si Si, La Sol La » (en La mineur sur un accord de tonique pour « Ma vie fout l'camp »)⁴.

En première instance, le juge des cessations montois a conclu assez rapidement à l'originalité de l'œuvre en général et du passage litigieux en particulier et a estimé qu'il existait « sans doute possible 'une' évidente parenté » entre la mélodie d'Acquaviva et celle de Madonna. L'essentiel du débat s'est alors déroulé sur le terrain du caractère indépendant ou non de la création de la seconde œuvre. Le juge a estimé

¹ Aspirant au FNRS, Unité de droit économique de l'ULB.

² Voy. not. dans l'actualité récente: « Stromae plagié par une 'Moustache' ? », www.lalibre.be/culture/musique/stromae-plagie-par-une-moustache-52efb74e3570c16bb1c3b122 (publié le 3 février 2014); « Marvin Gaye's Family Settle With Sony/ATV Over 'Blurred Lines' Lawsuit », <http://entertainment.time.com/2014/01/14/marvin-gayes-family-settle-with-sonyatv-over-blurred-lines-lawsuit/> (publié le 14 janvier 2014); « Pharrell Accused Of Lifting Riff From Franz Ferdinand's 'Take Me Out' », www.huffingtonpost.com/2014/02/01/pharrell-lifting-riff_n_4708770.html (publié le 2 janvier 2014) (consultés le 8 février 2014).

³ S'inscrivant directement dans le cadre de notre recherche doctorale, cet arrêt fera l'objet d'un commentaire plus important par ailleurs.

⁴ Notre transcription. La chanson « Frozen » est en Fa mineur, ce qui transposé (et avec une note en plus) donne « La bémol La bémol La bémol Sol, Sol Sol, Fa Mi Fa » (également sur un accord de tonique) (notre transcription).

qu'il résultait à suffisance de l'ensemble des faits soumis à son pouvoir souverain d'appréciation que Madonna avait eu accès à la chanson d'Acquaviva, lequel accès établissait l'emprunt. Aussi a-t-il conclu à l'existence d'une contrefaçon⁵. Appel a été interjeté.

3. L'année suivante (2006), Acquaviva, Madonna et leurs éditeurs respectifs se sont vus assignés en contrefaçon devant le tribunal de grande instance de Paris par les auteurs d'une œuvre intitulée « Bloodnight », dont le début du thème est similaire au passage litigieux dont question. Ce fait intervenu postérieurement à l'audience à laquelle la cause avait été prise en délibéré par la cour d'appel de Mons a justifié une réouverture des débats⁶.

Par jugement (définitif et non frappé d'appel) rendu le 6 janvier 2012, le tribunal de grande instance de Paris a

débouté les demandeurs, considérant au regard de l'expertise qu'il avait sollicitée que la contrefaçon n'était pas caractérisée car le passage litigieux est couramment utilisé et n'est dès lors pas susceptible d'appropriation (défaut d'originalité).

4. Dans l'arrêt reproduit, la cour d'appel a conclu dans le même sens, estimant que « la partie de la ligne de mélodique de 'Ma vie fout l'camp' se retrouvant dans 'Frozen' ne présente pas une originalité suffisamment marquée pour justifier cette protection ». Aussi, toutes les considérations tenant au caractère indépendant ou non de l'œuvre de Madonna (et qui avaient justifié la solution de première instance) devenaient sans pertinence. L'appel est fondé, la décision du premier juge mise à néant et Madonna rétablie dans son honneur (*Like a Virgin...*).

II. L'ORIGINALITÉ EN BELGIQUE ET DANS L'UNION EUROPÉENNE

5. Le refrain est désormais connu, l'originalité s'entend d'une « création intellectuelle propre à son auteur ». Bien que la notion ne figure pas dans la directive n° 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé dans son arrêt *Infopaq* de 2009 que l'objectif d'harmonisation appelait une définition européenne de l'originalité. Aussi, au regard du droit international et du droit dérivé, elle a fourni la définition précitée, qu'elle n'a de cesse de répéter depuis lors⁷. Ses interventions subséquentes ont permis de préciser notamment le caractère unique du critère de l'originalité, applicable à tout type d'œuvre⁸, de même que son rattachement à la conception traditionnelle de l'originalité comme « l'empreinte de la personnalité de l'auteur »⁹. Elle a par ailleurs lesté la définition de quelque contenu en énonçant que l'originalité découlera des « choix libres et créatifs » effectués par l'auteur¹⁰ et que ne pourra être considéré origi-

nal ce qui est « dicté » par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative »¹¹.

En outre, la Cour de justice a clairement énoncé que les parties d'une œuvre sont protégées au même titre que l'œuvre entière à partir du moment où elles participent de son originalité (et donc sont elles-mêmes originales)¹². Enfin, en définissant la notion de reproduction partielle par référence à l'originalité, la Cour de justice fait coïncider l'étendue de l'originalité et l'étendue de la protection^{13,14}.

6. La cour d'appel de Mons souscrit à cette définition et à ces principes. Il faut dire que pour le juriste belge, la conception « européenne » de l'originalité résonne harmonieusement avec la façon dont on la conçoit traditionnellement dans notre pays.

Au sommet de la pyramide judiciaire, c'est d'abord dans un

⁵ Civ. Mons (cess.), 18 novembre 2005, *A&M*, 2006, p. 264, note A. STROWEL.

⁶ En application de l'art. 772 du Code judiciaire (survenance d'un fait nouveau et capital), voy. Mons, 5 décembre 2006, *A&M*, 2007, p. 252, note K. VAN DER PERRE.

⁷ C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International / Danske Dagblades Forening* (§ 34-37). Voy. sur cet arrêt B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, 2009, p. 473. Pour le dernier arrêt reprenant cette définition, voy. C.J.U.E., 23 janvier 2014, C-355/12, *Nintendo / PC Box and 9Net*, § 21.

⁸ Voy. C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, *Bezenostni softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany / Ministerstvo kultury*, § 46 (interface utilisateur graphique); C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer / Standard VerlagsGmbH et a.*, § 94 (photographie) C.J.U.E., 2 mai 2012, C-406/10, *SAS Institute Inc. / World Programming Ltd*, § 45 (langage de programmation et format de fichiers de données).

⁹ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer / Standard VerlagsGmbH et a.*, § 92 (« touche personnelle ») et 94 (« création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier »); C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, C-604/10, *Football Dataco Ltd / Yahoo! UK Ltd et a.*, § 38 (« touche personnelle »).

¹⁰ Le principe est clairement posé dans les arrêts précités *Painer* (§ 89) et *Football Dataco* (§ 38). Voy. égal. C.J.U.E., 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd et a. / QC Leisure et a.*, qui refuse la protection en raison de l'absence de « liberté créative » (§ 98).

¹¹ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd / Yahoo! UK Ltd et a.* (précité), § 39. Voy. en outre les arrêts précités *Bezenostni softwarová asociace* (§ 48-49) et *Football Association Premier League* (§ 98).

¹² Voy. not. les arrêts précités *Infopaq* (§ 38) et *Nintendo* (§ 22).

¹³ Voy. not. les arrêts précités *Infopaq* (§ 48), *Football Association Premier League* (§ 159), *Painer* (§ 99), *SAS Institute* (§ 70). De manière générale, voy. B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *o.c.*, p. 487.

¹⁴ De manière générale sur l'originalité dans la jurisprudence de la Cour de justice, voy. E. ROSATI, *Originality In EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar Publishing, 2013.

arrêt de la Cour de justice Benelux que l'on a pu trouver une première définition de l'originalité, laquelle devait s'entendre comme l'« empreinte de la personnalité de l'auteur »¹⁵. On relèvera de manière incidente que l'emploi par la cour d'appel de Mons du terme « marqué » pour qualifier l'originalité y trouve son origine. Cet emploi est toutefois impropre¹⁶ et l'on ose espérer qu'il n'aura pas pesé sur la solution¹⁷.

Dans la foulée de la Cour Benelux, notre Cour de cassation a rapidement suivi et sa jurisprudence est demeurée constante depuis ses premières interventions de 1989¹⁸, sous une réserve. En effet, en 2012, la Cour de cassation a entendu conformer sa formulation de l'originalité au libellé européen, mais d'une manière quelque peu maladroite. Elle a énoncé que pour être protégée par le droit d'auteur, une œuvre doit être originale en ce sens qu'elle est une création intellectuelle propre à son auteur, mais qu'elle ne doit pas porter l'empreinte de la personnalité de son auteur¹⁹. Le

deuxième membre de la proposition étant rigoureusement contraire tant à sa propre jurisprudence qu'à celle de la Cour de justice, la doctrine a unanimement condamné cette erreur de plume²⁰. Aussi, il est heureux qu'à la faveur d'un récent pourvoi, la Cour de cassation ait rectifié le tir²¹. Correction d'autant plus appréciée que certains juges avaient suivi l'interprétation erronée de la Cour de cassation²², erreur dans laquelle n'a pas versé la cour d'appel de Mons, qui à raison prend ses distances par rapport à l'arrêt de 2012.

Pour le surplus, on notera que l'idée de « choix libres et créatifs » avancée par la Cour de justice se retrouve de longue date dans la doctrine belge, sous l'une ou l'autre forme²³. On la retrouve également dans la jurisprudence²⁴. Enfin, les principes de la protection des parties originales d'une œuvre au même titre que l'œuvre entière et de la concordance entre l'étendue de l'originalité et l'étendue de la protection sont classiques²⁵.

III. L'APPRECIATION DE L'ORIGINALITÉ EN MATIÈRE MUSICALE

7. L'originalité est parfois présentée comme un « critère à géométrie variable »²⁶. Cela ne signifie pas toutefois qu'elle change de nature. Il ne pourrait d'ailleurs en aller ainsi puisque la Cour de justice s'emploie à harmoniser le critère de l'originalité, unique pour tout type de création. Aussi l'affirmation de la cour d'appel suivant laquelle l'originalité s'apprécie différemment selon le genre de l'œuvre est erronée²⁷. Par contre, il est vrai que l'originalité se manifeste différemment suivant le type d'œuvre²⁸, ce qui conduit les juridictions à employer des outils différents suivant

qu'elles sont confrontées par exemple à une œuvre graphique ou à un programme d'ordinateur. C'est aussi le cas en matière musicale.

8. A titre liminaire, il convient de relever que la cour d'appel affirme le caractère original de la chanson « Ma vie fout l'camp » dans son ensemble. Elle se penche ensuite sur l'originalité d'une partie de celle-ci, en l'occurrence la mélodie litigieuse. Par ailleurs, elle reprend la distinction entre la mélodie, l'harmonie et le rythme, rappelant que la première

15. C.J. Benelux, 22 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987, p. 139; *J.T.*, 1987, p. 570, obs. A. BRAUN; *R.W.*, 1987-88, p. 14; *R.C.J.B.*, 1988, p. 568, note L. VAN BUNNEN.

16. Dans son arrêt, la Cour de justice Benelux avait assimilé la notion de « caractère artistique marqué » figurant à l'époque à l'art. 21 de la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles (aujourd'hui abrogée) à celle d'originalité au sens du droit d'auteur, entendue comme empreinte personnelle de l'auteur. Aussi pareille référence n'a aucune place en matière musicale. On relèvera d'ailleurs que le passage du *Précis du droit d'auteur et des droits voisins* de F. DE VISSCHER et B. MICHAUX (Bruxelles, Larcier, 2000) auquel la cour d'appel de Mons renvoie (p. 185, n° 227) traite spécifiquement de la matière des dessins et modèles. Les auteurs y indiquent d'ailleurs un peu plus loin que l'exigence, en la matière, que l'originalité ait un caractère « marqué » « (...) crée au moins en théorie une différence avec le droit d'auteur en général » (pp. 186-187, n° 227).

17. Le point demeure incertain puisque la cour d'appel donne à ce terme « marqué » l'interprétation qui lui avait été donnée par la Cour de justice Benelux (quoique pas exactement) selon laquelle en cas de doute raisonnable après examen de l'originalité, la protection du droit d'auteur doit être écartée.

18. Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 908, n° 492; Cass., 25 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 239, n° 122.

19. Cass., 26 janvier 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 202, n° 69; *I.R.D.I.*, 2012, p. 199, note F. GOTZEN; *J.L.M.B.*, 2012, p. 977 (trad. fr.), obs. A. JOACHIMOVICZ; *A&M*, 2012, p. 336, note F. BRISON.

20. Voy. en particulier la note de F. BRISON sous l'arrêt (qui parle d'« accident de parcours ») ainsi que B. MICHAUX, « La notion d'originalité en droit d'auteur: une harmonisation communautaire en marche accélérée », *R.D.C.*, 2012, p. 601 (qui parle de « faux pas »).

21. Cass., 31 octobre 2013, C.12.0263.N, disponible sur *juridat*.

22. Voy. Civ. Bruxelles (cess.), 18 décembre 2012, *A&M*, 2013, p. 112.

23. Voy. en particulier M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 252; F. GOTZEN, « Het Hof van Cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het Belgisch auteursrecht – Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken? », *Computerr.*, 1990, pp. 161-162.

24. Voy. p. ex. Civ. Bruxelles, 17 décembre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 29; Gand, 26 janvier 2009, *D.A. O.R.*, 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS; Comm. Anvers, 3 octobre 2008, *A&M*, 2010, p. 277; *Adde*: Cass., 17 mars 2014, C.12.0317.F, disponible sur *juridat*.

25. Voy. Cass., 25 septembre 2003, *A&M*, 2004, p. 29; B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *o.c.*, p. 487.

26. Voy. A. STROWEL, « L'originalité en droit d'auteur: un critère à géométrie variable », *J.T.*, 1991, pp. 513 et s., qui emprunte le terme au conseiller à la Cour de cassation française JONCQUÈRE.

27. D'autant qu'elle l'impute à l'arrêt *Infopaq* de la Cour de justice qui énonce rigoureusement l'inverse.

28. B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *o.c.*, p. 486.

est appropriable par elle-même tandis que les deux derniers ne le sont qu'en combinaison avec la première. Il s'agit là d'une doctrine classique²⁹. En l'espèce, aucune référence n'est faite par la cour à l'harmonie et au rythme. Elle se concentre exclusivement sur la mélodie.

9. En l'occurrence, la cour dénie à la mélodie litigieuse tout caractère original en ce qu'elle serait banale. L'emploi par les juges du critère de la banalité est fréquent³⁰. Par exemple, la 7^e chambre de la cour d'appel de Gand en a fait un élément récurrent de sa motivation type³¹. Spécialement dans les litiges en matière musicale dernièrement soumis aux juridictions belges, on retrouve chaque fois une référence à la banalité de la mélodie³². Par exemple, dans une affaire *Barzotti*, les juges ont repoussé l'argument des défendeurs tiré du défaut d'originalité car ils « (...) ne démontrent pas que l'ensemble ainsi constitué par les huit premières mesures du morceau de P. Wathélet se retrouverait dans une œuvre antérieure ou ferait partie d'un fond (sic) musical commun et serait donc banal » (nous soulignons)³³.

Dans une affaire *Michael Jackson (Give in to me)*, les juges ont estimé que les deux œuvres en litige ont « (...) par rapport aux œuvres musicales antérieures, un début qui est effectivement assez banal et correspond plus ou moins à un motif primitif mais que leurs trois dernières notes sont caractéristiques et présentent un caractère original, tant par les intervalles successifs que par l'harmonie qui les soutient » (nous soulignons)³⁴.

On le voit, c'est essentiellement en considération des antériorités que les juges envisagent le caractère banal d'un motif musical. L'arrêt reproduit de la cour d'appel de Mons s'inscrit dans la même voie. Aussi disons-le sans ambages, cette pratique de l'examen de l'originalité musicale sur fonds

d'antériorités est de règle³⁵. Il semble d'ailleurs en aller de même en France³⁶. En un sens, l'originalité ainsi entendue se confondrait avec la nouveauté (alors que la cour rappelle expressément que là n'est pas le critère de protection), ce qui est critiquable, sauf à faire l'objet d'affinements. Nous y reviendrons *infra* (n° 17).

10. Toutefois *in casu*, la cour d'appel ne semble pas réduire la banalité (suivant une première acception) à l'absence de nouveauté. En effet, elle énonce 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 » (nous soulignons). La chose est surprenante au regard des précédents en la matière, dans lesquels les « postériorités » ont chaque fois été repoussées par le juge³⁷. D'un autre côté, l'on peut parfaitement admettre que l'existence de multiples occurrences d'un même motif musical puisse constituer un indice de ce qu'il n'est pas propre à celui qui s'en prétend auteur. Ils seraient trop nombreux à parvenir au même résultat pour que l'on puisse considérer le motif en question comme témoignant d'une personnalité³⁸. Sur ce point, les postériorités pourraient être d'une certaine pertinence. Pour le reste, la question reste entière de savoir ce qu'il faut entendre par banalité lorsqu'on ne la réduit pas à une sorte d'absence de nouveauté « éprouvée » (nous reviendrons brièvement sur cette seconde acception de la banalité *infra* dans nos conclusions, n° 21).

11. Pour être destructrices d'originalité, les antériorités (voire les postériorités) doivent évidemment présenter certaines similitudes avec le motif dont l'originalité est revendiquée. L'arrêt est sur ce point particulièrement intéressant. On peut en effet y lire que « (...) la cour a constaté que

²⁹ Voy. not. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 97, n° 51. La distinction est empruntée à H. DESBOIS (*Le droit d'auteur en France*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966, pp. 118 et s., n°s 106 et s.). Pour le dernier exemple en date dans la jurisprudence, voy. Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22 (affaire *Michael Jackson – Give in to me*).

³⁰ Voy. p. ex. au niveau des cours d'appel (autres que celle de Gand, voy. la note suivante): Bruxelles, 13 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1029; Anvers, 29 juin 2009, *A&M*, 2010, p. 187; Liège, 10 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 2023.

³¹ « Een origineel werk is niet vanzelfsprekend. Het is ook niet banaal. » Voy. not. Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222; Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845; Gand, 12 novembre 2007, *R.W.*, 2008-09, p. 1323; Gand, 26 janvier 2009, *D.A.O.R.*, 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS; Gand, 25 janvier 2010, *A&M*, 2013, p. 105; Gand, 17 mai 2010, *A&M*, 2013, p. 102; Gand, 10 janvier 2011, *A&M*, 2013, p. 99; Gand, 31 janvier 2011, *A&M*, 2013, p. 97.

³² Outre les deux affaires citées ensuite, voy. égal. Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40 (affaire *Eminem*) (les juges ont considéré banal le motif musical consistant en la « répétition de deux notes, l'une inférieure et l'autre supérieure »); Bruxelles, 4 septembre 2007, *A&M*, 2007, p. 471, note A. STROWEL (affaire *Michaël Jackson – You are not alone*) (les juges ont considéré la mélodie originale car à l'écoute « (...) het kan alleen maar worden besloten dat het om een meezingend deuntje gaat dat helemaal niet als banaal of gekend gemeengoed kan worden beschouwd »); Civ. Bruxelles (réf.), 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244 (affaire *James Brown is dead*) (les juges ont considéré le motif litigieux original et ont repoussé les conclusions de l'expertise selon lesquelles il était extrêmement banal).

³³ Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS.

³⁴ Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22.

³⁵ Voy. égal. outre les décisions précitées: Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 191 (affaire *Ninja-Nanja*) et Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 201 (affaire *Mon petit Tommy*), avec sous les deux affaires les observations de L. VAN BUNNEN.

³⁶ Voy. not. Paris, 19 novembre 1985, *R.I.D.A.*, 1986/129, p. 155; Paris, 29 septembre 1995, *R.I.D.A.*, 1996/168, p. 300; Paris (pôle 5, 2^e ch.), 21 janvier 2011, n° 07/12159, *Sté Editions Salabert / Sté EMI Music*.

³⁷ Voy. Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22 (affaire *Michael Jackson – Give in to me*); Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261 (affaire *Eminem*). De même pour un exemple en matière de dessins et modèles protégés par le droit d'auteur, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 2 octobre 1995, *A&M*, 1996, p. 325.

³⁸ Certes l'on devrait encore se demander si tous y sont parvenus de manière indépendante. En opportunité toutefois, l'on pourrait considérer qu'un grand nombre d'occurrences permet de présumer qu'il en est (majoritairement) ainsi.

d'autres antériorités relevées présentent également un caractère très proche de la chanson 'Ma vie fout l'camp' et une similarité à l'audition qui peut être aisément perçue par une oreille non avertie, sans procéder à une savante analyse (...) » (nous soulignons).

L'arrêt se poursuit avec un renvoi au rapport de l'expert d'Acquaviva, selon lequel il n'existe aucune similarité (objective ou à l'audition) entre les antériorités et « Ma vie fout l'camp ». La cour repousse toutefois cette analyse au motif qu'elle « (...) **décèle, à l'oreille, aux termes d'une première écoute, une similarité manifeste de 'Ma vie fout l'camp' avec les chansons 'The Nights The Lights Went Out in Georgia' (...) et 'Livin' On A Prayer'** [qui figurent parmi les antériorités] (...), **ces similarités s'accroissant lors d'auditions répétées** » (nous soulignons).

Ainsi le principe est posé: aux fins de déterminer si une antériorité peut être valablement opposée, c'est au juge qu'il revient d'apprécier le caractère suffisant des similitudes. Quant aux modalités, de nombreuses questions demeurent.

D'abord, il n'est pas clair si les conseillers à la cour d'appel de Mons ont estimé qu'il fallait considérer la perception par une oreille non avertie ou s'ils ont fait état de ce que eux conseillers disposaient d'une oreille non avertie, quoique la référence dans l'exposé des principes au « point de vue de l'auditeur moyen, non spécialiste » semble accréditer la première hypothèse. Si, au contraire, la seconde hypothèse devait s'imposer, il eut été opportun de préciser que les conseillers étaient eux-mêmes représentatifs de l'auditeur moyen. D'autres avant eux ont pris ce soin³⁹.

Ensuite, la question de l'ampleur que doivent atteindre les similitudes n'est pas exposée. En l'occurrence, le juge constate seulement qu'elles étaient manifestes de son point de vue. Pour le surplus, on doit se contenter du rappel de la règle générale de l'appréciation synthétique, selon laquelle il convient de s'attacher aux ressemblances plutôt qu'aux différences entre les œuvres, ce qui n'en dit pas long quant à son application concrète.

Enfin, l'on ne sait si l'impression générée par la première écoute suffit, ou s'il faut nécessairement procéder à de mul-

tiples auditions (qui en l'espèce ont conforté cette première impression). Il s'agit là d'un point particulièrement important, la méthode employée étant de nature à influencer le résultat, comme il ressort clairement de l'affaire *Eminem*⁴⁰.

12. Ce n'est pas la première fois que les juges se fient à leur oreille aux fins de déterminer l'originalité d'une œuvre musicale par rapport à une antériorité. Ainsi dans une ancienne affaire *Ninja-Nanja*, le juge avait repoussé l'originalité revendiquée notamment au motif que « (...) **L'audition des deux chansons 'Ninja-Nanja' et 'Je n'aime que toi' et l'enregistrement simultané, par superposition, de ces œuvres entraînent chez l'auditeur le sentiment, et même l'assurance, de n'entendre qu'une seule œuvre, en raison de la similitude presque parfaite de ces deux œuvres** »⁴¹ (nous soulignons).

Plus récemment dans l'affaire *Barzotti* déjà évoquée, l'originalité revendiquée a été déniée notamment au motif que « (...) **il ressort tant de l'audition des documents sonores déposés par les parties que de l'examen des partitions, que les douze premières notes de 'Nuit d'été à Yxos' (quatre mesures) sont la reproduction fidèle des premières mesures d'une chanson de Salvatore Adamo intitulée 'Si tu étais'** »⁴² (nous soulignons).

13. Par ailleurs, ce test de l'audition est couramment employé au stade de la contrefaçon musicale⁴³. Dans une autre affaire *Michaël Jackson (You are not alone)*, le juge avait d'ailleurs considéré que son résultat était déterminant, dans la mesure où « (...) **de partituur niet wezenlijk bestemd is om te worden geanalyseerd door musicologen, maar om verklanging mogelijk te maken en dus te worden gehoord** »⁴⁴.

A ce propos, et de manière assez remarquable, la cour opère le lien entre contrefaçon et originalité lorsqu'elle indique que « **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.** » (nous soulignons).

^{39.} En matière de contrefaçon musicale (mais voy. le lien entre originalité et contrefaçon *infra*, n° 13), Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261 (affaire *Eminem*); Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22 (affaire *Michael Jackson*): « (...) le tribunal 'la cour' n'a pas la prétention d'être musicologue ou musicien, ni même d'avoir une oreille musicale particulièrement avertie (...) en ce sens, il 'elle' doit être représentatif 'représentative' du consommateur 'de l'auditeur' moyen ».

^{40.} Le premier juge avait conclu à la contrefaçon « (...) après une seule écoute attentive (...) » (Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261). La cour d'appel a réformé au motif notamment que « 'contrairement à l'opinion exprimée par le premier juge, la cour est d'avis que les deux chansons sont différentes, et cela, **non pas à l'issue d'une seule écoute, mais bien de plusieurs auditions** (...) » (Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40) (nous soulignons). D'autres éléments peuvent exercer une influence sur la perception, p. ex. si les œuvres sont présentées dans leur intégralité ou si au contraire l'auditeur se focalise sur les seuls extraits litigieux.

^{41.} Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 191.

^{42.} Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS.

^{43.} De manière générale, on constate que la jurisprudence analyse fréquemment les similitudes entre deux œuvres du point de vue d'un lecteur/observateur/auditeur moyen, voy. notre étude « 'Qui veut gagner son procès?' – L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *A&M*, 2012, pp. 13 et s., spéc. pp. 19-21, n° 10.

^{44.} Bruxelles, 4 septembre 2007, *A&M*, 2007, p. 471.

Ceci nous paraît tout à fait exact et l'on se réjouit de ce que ce soit énoncé aussi clairement (ce pour la première fois à notre connaissance).

14. Reste la question de l'expertise. C'est un fait, en matière musicale, les juges recourent toujours à l'expertise⁴⁵ de sorte qu'elle serait de règle. Il en va de même en France⁴⁶. S'agissant spécifiquement de vérifier le caractère protégé de l'œuvre du demandeur, elle peut s'avérer particulièrement utile⁴⁷.

L'expertise ne peut avoir pour objet que des constatations de fait ou un avis d'ordre technique⁴⁸. Le juge ne peut déléguer à l'expert sa juridiction de sorte qu'il ne peut lui demander de donner un avis sur le bien-fondé de la demande⁴⁹. Il a ainsi été jugé que contrevient à ces principes la mission confiée à l'expert de se prononcer sur la validité d'un brevet et la question de l'atteinte éventuelle à celui-ci⁵⁰. De la même manière, l'expert désigné dans un litige en matière musicale ne pourra pas décréter le caractère original (et/ou contrefaisant) d'une œuvre.

La tâche principale de l'expert consistera en réalité à identifier les antériorités pertinentes⁵¹. On relèvera à cet égard que dans cette affaire, l'expert désigné dans le cadre de la procédure devant le tribunal de grande instance de Paris, alors qu'il avait été chargé d'une mission portant uniquement sur l'examen des similitudes éventuelles entre les œuvres en cause, a procédé d'initiative à une recherche complète d'antériorités.

L'expert remettra également un avis musicologique s'agissant des similitudes sur les plans mélodique, harmonique et rythmique. Les juges ne seront toutefois pas toujours enclins à le suivre sur ce point⁵², préférant substituer leur propre

impression auditive à l'opinion de l'expert, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Sur ce point d'ailleurs, il arrivera que les avis rendus par plusieurs experts divergent, ce qui en soi peut suffire à expliquer que les juges s'en distancient et lui préfèrent le test de l'audition⁵³. En l'espèce, tous les rapports d'expertise concluaient au caractère non protégeable, sauf celui commissionné précisément par Acquaviva. Ces deux éléments étaient de nature à relativiser les conclusions de ce dernier rapport.

Un autre point sur lequel l'expert pourrait à notre sens éclairer les juges concerne l'emprunt éventuel aux antériorités par le prétendu auteur. Nous reviendrons très brièvement sur ce point *infra*. Relevons simplement que l'avis de l'expert se fondera sur une analyse des probabilités d'emprunt⁵⁴.

15. A noter enfin un dernier élément pas si éloigné du domaine de l'expertise, à savoir le poids de l'avis de la SABAM (ou d'une autre société de gestion collective). La cour d'appel est ici on ne peut plus clair: l'avis de la société de gestion ne s'impose pas à elle⁵⁵. La cour l'énonce à propos de la contrefaçon, mais il en va de même au stade de l'accès à la protection⁵⁶. Ce rappel est heureux au regard de la position adoptée par le premier juge sur l'originalité. Celui-ci avait déduit l'originalité de l'œuvre d'Acquaviva notamment de sa « reconnaissance » par la SABAM, la société de gestion collective l'ayant acceptée dans le portefeuille des œuvres qu'elle protège, ce qui impliquait pour le juge qu'elle avait « nécessairement dû reconnaître le caractère premier de celle-ci ». C'était gravement se méprendre sur la portée du dépôt auprès de la SABAM. Celui-ci ne peut en aucun cas constituer une présomption d'originalité, la SABAM ne procédant à aucun contrôle quant à ce (le pourrait-elle seulement?).

⁴⁵. Sur la question de l'originalité et/ou de la contrefaçon. Ce fut le cas dans chacune des affaires précitées qui constituent, à notre connaissance, toutes celles ayant fait l'objet d'une publication. Une expertise portant spécifiquement sur la question de l'originalité de l'œuvre du demandeur (et non seulement sur la question de la contrefaçon) a été effectuée dans les affaires *Ninja-Nanja*; *Mon Petit Tommy*; *James Brown is dead*; *Michaël Jackson (You are not alone)*. En première instance dans l'affaire *Madonna*, les défendeurs avaient également contesté l'originalité de l'œuvre d'Acquaviva sur la base de l'avis d'un musicologue américain.

⁴⁶. Voy. not. Paris, 3 décembre 1987, *R.I.D.A.*, 1988/135, p. 113; Paris, 19 novembre 1985, *R.I.D.A.*, 1986/129, p. 155; Paris, 3 décembre 1987, *R.I.D.A.*, 1988/135, p. 113; Trib. gr. Inst. Nanterre, 16 mars 1994, *R.I.D.A.*, 1994/162, p. 484; Paris, 29 septembre 1995, *R.I.D.A.*, 1996/168, p. 300; Paris (pôle 5, 2^e ch.), 21 janvier 2011, n° 07/12159, *Sté Editions Salabert / Sté EMI Music*; Paris (pôle 5, 2^e ch.), 20 janvier 2012, n° 11/01924, *Sté Universal Music Publishing / Sté Cofidis*.

⁴⁷. En ce sens égal., voy. A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans 'plagiat' », *A&M*, 2006, p. 269.

⁴⁸. Voy. art. 962, al. 1^{er}, C. jud.; Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 499, n° 112; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2463, n° 568.

⁴⁹. Voy. art. 11, al. 1^{er}, C. jud. et les deux arrêts de cassation à la note précédente.

⁵⁰. Anvers, 28 juin 2010, *I.R.D.I.*, 2011, p. 55.

⁵¹. Ainsi, dans un jugement avant dire droit rendu dans l'affaire *Michaël Jackson (Give in to me)*, le juge avait confié à l'expert pour mission première de se prononcer sur l'originalité de l'œuvre du demandeur (à tout le moins de la partie litigieuse) « en tenant compte, notamment, de l'existence éventuelle d'un motif primitif » (Civ. Bruxelles, 11 décembre 1998, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 478).

⁵². Voy. en particulier Civ. Bruxelles (réf.), 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244 (affaire *James Brown is dead*), où les juges ont refusé de souscrire aux conclusions de l'expert suivant lesquelles le motif litigieux était extrêmement banal d'un point de vue mélodique, harmonique et rythmique.

⁵³. Le juge n'est en effet pas tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose (art. 962, al. 3, C. jud.).

⁵⁴. Ainsi dans le jugement avant dire droit précité (note 51) rendu dans l'affaire *Michaël Jackson (Give in to me)*, le juge avait indiqué que le rapport d'expertise devrait « comporter une appréciation, ne fût-ce que mathématique ou statistique sur l'existence d'emprunts coupables dans le chef des (...) défendeurs ». L'on se situait toutefois ici au stade de la contrefaçon et non de l'originalité.

⁵⁵. La cour d'appel de Bruxelles l'avait énoncé clairement dans l'affaire *Eminem* (Bruxelles, 6 décembre 2007, *A&M*, 2008, p. 40). La cour d'appel de Mons y renvoie.

⁵⁶. La cour d'appel de Bruxelles l'avait énoncé clairement dans l'affaire *Barzotti* (Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS): « Attendu que, dans l'appréciation du caractère original d'une œuvre, la cour n'est pas liée par l'opinion de la SABAM. »

IV. APPRÉCIATION CRITIQUE

16. L'arrêt reproduit pourrait appeler bon nombre de commentaires, donc certains ont déjà été distillés dans la section précédente. Pour le surplus, nous nous limiterons à trois éléments importants.

17. Premièrement, le rapport de l'originalité à la nouveauté (ou de la banalité suivant sa première acception). L'appréciation de l'originalité en matière musicale au regard des antériorités ne pose pas problème en soi. Toutefois, l'antériorité pour être destructrice d'originalité devra être pertinente. Ce qui signifie que l'antériorité devra présenter des similitudes suffisantes avec l'œuvre dont l'originalité est revendiquée, mais encore qu'elle devra être **opposable** à l'auteur de l'œuvre postérieure. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX écrivent dans leur *Précis* que « *La nouveauté n'est pas le critère de la protection (...). Mais elle constituera un bon indice pratique de mesure de l'originalité parce que l'empreinte personnelle exigée par la loi signifie que l'auteur – même inconsciemment – n'a pas emprunté ou qu'il a fait plus qu'emprunter à des créations préexistantes; c'est donc par comparaison avec celles-ci que se déterminent les éléments originaux de l'œuvre examinée; en pratique dès lors et en règle générale, l'originalité se mesure à la nouveauté.* » (nous soulignons)⁵⁷.

La nouveauté est ainsi l'indice de l'absence d'un emprunt. On se situe donc sur le plan de l'administration de la preuve.

Suivant la doctrine (de ces auteurs) citée par l'arrêt, après que le demandeur a identifié et rendu vraisemblable ses choix libres et créatifs, il appartient au défendeur de les contredire, notamment en produisant des antériorités. Le cas échéant, le demandeur pourra encore tenter de les réfuter ensuite. Tel serait le schéma de répartition de la charge de la preuve⁵⁸.

Or exposé de la sorte, il nous semble qu'il manque une étape. En effet, on ne peut postuler que l'absence de nouveauté établit l'emprunt (au contraire de l'hypothèse inverse). La nouveauté en droit d'auteur s'entend en effet dans un sens relatif, c'est-à-dire en considération de la personne de l'auteur. En d'autres termes, il faut encore établir l'emprunt par l'auteur, et donc son accès ou à tout le moins sa possibilité d'accès à l'antériorité, sans quoi l'on flirte dangereusement avec l'exigence de nouveauté objective (c'est-à-dire abso-

lue) qui est propre au droit de la propriété industrielle et n'a rien à faire en droit d'auteur⁵⁹.

Evidemment il ne peut être question d'imposer au défendeur la preuve (presque toujours impossible) de ce que le demandeur a effectivement emprunté aux antériorités qu'il aura identifiées. Mais une présomption d'emprunt pourrait être déduite de ce que l'antériorité en question est bien connue, fait partie du fonds commun ou encore a fait l'objet d'une large diffusion, de sorte que le demandeur ne pourra raisonnablement prétendre l'ignorer.

C'est un élément en ce sens qui manque dans la motivation de la cour d'appel. A-t-elle considéré qu'Acquaviva ne pouvait ignorer les antériorités qui lui étaient opposées? Peut-être. Toujours est-il qu'on aurait préféré retrouver un attendu similaire à celui-ci tiré de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Barzotti*: « (...) la chanson d'Adamo, étant antérieure de plusieurs années à la 'Nuit d'été à Yxos' et ayant connu un succès certain en Belgique, Pascal Wathelet ne pourrait prétendre ne pas en avoir eu connaissance »⁶⁰ (nous soulignons).

Relevons par ailleurs que si l'antériorité n'est pas de celles dont on peut estimer qu'elle ne pouvait être raisonnablement inconnue du demandeur, elle devrait encore pouvoir lui être opposable lorsque les similitudes ne peuvent être dues au hasard. Sur ce point, une expertise faisant état de probabilités de pareilles coïncidences sur le plan musical serait nécessaire (d'où notre suggestion sur le troisième élément de la mission de l'expert, voy. *supra* (n° 14, *in fine*)).

18. Cette première remarque appelle naturellement la seconde. D'aucuns auront en effet trouvé dans ce qui vient d'être dit une consonance familière avec le phénomène particulier de la création indépendante⁶¹. Ce moyen de défense, selon lequel c'est le hasard qui a conduit deux auteurs à parvenir à un même résultat, est chaque fois plaidé au stade de la contrefaçon en matière musicale. Il est toutefois rarement reçu⁶². Cela étant, la Cour de cassation admet cette éventualité et en a dessiné les contours dans l'affaire *Michaël Jackson (You are not alone)* s'agissant de la charge de la preuve. Elle a ainsi estimé que « *Si une œuvre présente des ressemblances importantes avec une œuvre existant antérieurement, il appartient au juge du fond d'examiner si ces ressemblances avec l'œuvre plus ancienne sont fortuites ou résultent*

⁵⁷. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *o.c.*, p. 22, n° 23.

⁵⁸. B. MICHAUX, « Le juge national et l'originalité en droit d'auteur après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, 2013, p. 93. L'auteur exposait déjà cette doctrine dans le *Précis* précité (pp. 24-26, n° 24).

⁵⁹. Le principe est très clair et unanimement admis, voy. p. ex. A. BERENBOOM, *o.c.*, p. 44, n° 21.

⁶⁰. Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS. On retrouvera ce type d'attendu au stade de la contrefaçon, voy. en particulier Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261 (affaire *Eminem*).

⁶¹. Sur la création indépendante, voy. en particulier 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, p. 416.

⁶². En matière musicale et à notre connaissance, seul le juge de première instance dans l'affaire *Michaël Jackson (Give in to me)* l'a admis; voy. Civ. Bruxelles, 15 octobre 2004, *A&M*, 2006, p. 260. Le jugement a été réformé sur ce point par Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22. Pour rappel dans l'affaire qui nous concerne, la défense de Madonna tirée du caractère indépendant de sa création avait été repoussée par le premier juge.

tent d'emprunts conscients ou inconscients à cette œuvre et qu'une infraction est ainsi commise aux droits d'auteur. En cas de ressemblances suffisantes entre les éléments originaux des deux œuvres, l'auteur de l'œuvre la plus récente est tenu de renverser la présomption de reproduction en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance. »⁶³.

Aussi l'on s'interroge. Puisque la cour d'appel indique (ainsi qu'on l'a vu *supra*, n° 13) que l'appréciation des ressemblances doit intervenir de la même manière en amont au stade de l'originalité et en aval à celui de la contrefaçon, faut-il en déduire que les règles propres au second stade doivent être transposées au premier? Apporter une réponse circonstanciée à cette question dépasserait le cadre restreint de cette note. Aussi se contentera-t-on de souligner qu'en l'espèce, pareille transposition nous paraît de nature à donner une assise juridique plus solide à la motivation de la cour d'appel de Mons pour ce qui concerne le point soulevé dans notre première remarque⁶⁴.

V. CONCLUSION – CODA

20. Le juriste a jusqu'ici tenu la note. L'on ne pourrait toutefois conclure sans laisser s'exprimer, l'espace de quelques mesures, la voix du modeste musicien. Qu'il nous soit ainsi permis pour terminer de faire part au lecteur d'une opinion toute personnelle.

21. « Bloodnight », « Ma vie fout l'camp », « Frozen », toutes sont sans conteste originales.

Le passage litigieux par contre ne l'est pas, en aucune manière.

Non, le droit d'auteur ne doit pas conférer à un musicien le droit d'interdire à tout un chacun d'employer, pour une durée de septante ans *post mortem auctoris*, un motif qui se réduit finalement à « Do, Si, La, Sol, La »⁶⁵ sur un accord de La mineur. Il ne s'agit pas ici d'aspects techniques relatifs à la charge de la preuve ou d'analyses musicologiques des similitudes mélodiques/harmoniques/rythmiques. Pas plus de l'anecdotique « Madonna a peut-être séjourné à Mouscron fin des années '70 » qui avait séduit le juge en première instance. Rien de tout cela, non. La question au cœur de cette affaire est beaucoup plus fondamentale. Elle touche à l'essence même du droit d'auteur.

19. La troisième remarque tient au rapport entre l'originalité et le principe de territorialité du droit d'auteur. Dans les circonstances propres de l'espèce, il faut bien reconnaître qu'il eût été délicat pour la cour d'appel de Mons de conclure autrement qu'à l'absence d'originalité du passage litigieux, dès lors que le tribunal de grande instance de Paris avait avant elle conclu en ce sens⁶⁵. Il est vrai que l'application tant des règles de droit international privé que du caractère territorial du droit d'auteur conduit à ce que deux juges peuvent parfaitement rendre des jugements différents quant à l'originalité d'une seule et même œuvre⁶⁶. Toutefois, et même si leurs contenus ne peuvent être considérés identiques, les conditions d'originalité belge et française n'en demeurent pas moins relativement proches. Par ailleurs, l'affairement actuel de la Cour de justice à l'harmonisation du concept d'originalité peut être de nature à jouer un rôle non négligeable. D'autant plus que les juges belges semblent sur ce point désireux de suivre ses enseignements⁶⁷. Peut-être au point vouloir de collaborer concrètement à cette harmonisation dans la mesure de leurs moyens.

Ce dont il s'agit ici, c'est de la liberté de création artistique. La cour d'appel de Mons le comprend parfaitement lorsqu'elle pose au visa de l'originalité/contrefaçon l'attendu suivant: « (...) 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 ».

Ce point ne doit souffrir aucune contestation et il est admirable que la cour l'ait exprimé aussi clairement.

La condition d'originalité doit demeurer un critère discriminant permettant de séparer le bon grain de l'ivraie. Loin de nous l'idée d'apprécier le mérite ou la destination de l'œuvre. Plutôt, nous croyons que la condition d'originalité se doit de constituer – au même titre que la dichotomie idée/expression, la durée limitée du droit d'auteur ou les exceptions légales⁶⁹ – une soupape ménageant au sein même du système du droit d'auteur la liberté d'expression en général, la liberté de création artistique en particulier.

D'ailleurs, n'est-ce pas finalement au regard de ces principes supérieurs de liberté d'expression et de création que l'on doit comprendre cette insaisissable « banalité », censée permettre de mieux appréhender l'originalité dont elle est l'auto-

⁶³. Cass., 3 septembre 2009, *A&M*, 2010, p. 171; *I.R.D.I.*, 2009, p. 411, note M. BUYDENS. L'arrêt est disponible en français sur *juridat*.

⁶⁴. Ici il faudrait évidemment considérer les similitudes portant sur les éléments *revendiqués* originaux.

⁶⁵. Certes, la cour précise qu'aucun aveu judiciaire ne peut être tiré de l'attitude d'Acquaviva dans le litige français quant à l'originalité de sa propre mélodie. L'on peut toutefois soupçonner le caractère *pro forma* de l'attendu.

⁶⁶. En ce sens, voy. K. VAN DER PERRE, « Over territorialiteit en oorspronkelijkheid » (note sous Mons, 5 décembre 2006), *A&M*, 2007, p. 254.

⁶⁷. En ce sens B. MICHAUX, « Le juge national et l'originalité en droit d'auteur après l'arrêt *Infopaq* », *o.c.*, p. 93.

⁶⁸. La cour elle-même finit par la présenter comme cela lorsqu'elle parle des « lignes mélodiques 3.2.1.7.1 ».

⁶⁹. Voy. p. ex. A. STROWEL et F. TULKENS, « Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur – A propos des libertés de créer et d'utiliser des œuvres », *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 18-19.

nyme⁷⁰, et dont l'arrêt commenté offre une nouvelle illustration? Car si la banalité réside dans l'évidence, dans ce qui est à la portée de tout un chacun⁷¹, ne serait-ce pas contrevenir à ces principes supérieurs que de conférer au premier à s'exprimer de la sorte un droit exclusif sur ce que tant d'autres avant ou après lui auraient pu pareillement exprimer? En opérant le lien entre liberté de création, originalité

et banalité, la cour d'appel de Mons nous invite à raisonner en ce sens.

Aussi, jugée sur l'ensemble de sa prestation et malgré quelques légères fausses notes, la cour mérite de larges applaudissements.

⁷⁰. En France, P.-Y. GAUTIER écrit depuis plusieurs années déjà que « (...) l'on doit tâcher de mieux cerner l'originalité par son antonyme: la banalité (...) », in *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 46, n^o 34 (la 1^{ère} éd. date de 1991). Pourtant, pas plus en France qu'ici, cette notion que l'on retrouve fréquemment dans la jurisprudence (voy. *supra*, n^o 9, notes 30-31) n'a reçu les honneurs d'une réflexion.

⁷¹. Voy. tout particulièrement F. GOTZEN, *o.c.*, 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 vertoond, maar toch te zeer voor de hand ligt.* » (nous soulignons). Voy. plus récemment du même auteur, « Overzicht van rechtspraak. Auteurs- en modellenrecht (1990-2004) », *T.P.R.*, 2004, p. 1449, n^o 17.