

Rôle n° TAL-2022-07608
Jugement civil n° 2022TALCH08/00195
du 7 décembre 2022

Audience publique extraordinaire du mercredi, 7 décembre 2022, tenue par Nous Hannes WESTENDORF, juge de la huitième chambre civile au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en remplacement du président de la chambre civile du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, comme en matière de référé, sur base de l'article 81 de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, les droits voisins et les bases de données, assisté du greffier Guy BONIFAS.

DANS LA CAUSE

ENTRE

Jingna ZHANG, photographe artistique, demeurant à [REDACTED] (Etats-Unis),

élisant domicile en l'étude de la société à responsabilité limitée NAUTADUTILH AVOCATS LUXEMBOURG S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B189905, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Vincent WELLENS, avocat, demeurant professionnellement à la même adresse,

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 12 octobre 2022,

comparaissant par la société NAUTADUTILH AVOCATS LUXEMBOURG S.à.r.l., représentée par Maître Vincent WELLENS, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

Jeff DIESCHBURG, étudiant artiste, demeurant à L-[REDACTED]

partie défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,

comparaissant par la société VOGEL AVOCAT S.à.r.l., représentée par Maître Gaston VOGEL, avocat, demeurant à Luxembourg.

FAITS

Par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 12 octobre 2022, Jingna ZHANG a fait donner assignation à Jeff DIESCHBURG à comparaître à l'audience extraordinaire du 19 octobre 2022, à 9.00 heures, salle TL 3.06, du président de la chambre civile du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant comme en matière de référé et siégeant en matière de cessation de toute atteinte aux droits d'auteur.

À la demande des parties, l'affaire fut refixée au 2 novembre 2022.

À l'appel de la cause à l'audience publique extraordinaire du mercredi matin, 2 novembre 2022, Maître Vincent WELLENS, avocat, et Maître Gaston VOGEL, avocat, exposèrent leurs moyens.

Le juge saisi prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire de ce jour le

JUGEMENT

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 12 octobre 2022, Jingna ZHANG a fait donner assignation à Jeff DIESCHBURG à comparaître « *mercredi le 19 octobre 2022, à 9.00 heures du matin, devant le Président de la Chambre civile du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, [...], salle TL 3.06* » pour :

« constater que Monsieur Jeff DIESCHBURG, en ayant produit, exposé et/ou mis à la vente un tableau reprenant les éléments essentiels d'une photo réalisée par Madame Jingna ZHANG dans la marge de l'édition vietnamienne de novembre 2017 Harper's Bazaar, à savoir la photo suivante :

[photo]

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

Partant,

En ordre principal

Enjoindre à Monsieur Jeff DIESCHBURG de cesser tout acte de reproduction (ce qui revient donc également à la destruction du tableau déjà confectionné), d'adaptation,

de distribution, de vente et de communication au public reprenant les éléments essentiels de la ladite photo, ce sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour et par violation constatée à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, sinon de la signification de l'ordonnance à intervenir jusqu'à un montant maximum de 100.000 EUR, sinon tout autre montant ;

En ordre subsidiaire

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

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

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

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

En tout état de cause

Voir ordonner la publication et l'affichage du dispositif du jugement (pour autant qu'il constate une violation des droits d'auteur de Madame Jingna ZHANG), aux frais de Monsieur Jeff DIESCHBURG, dans le " Luxemburger Wort " et dans la version en ligne de la magazine " Paperjam " dans les dimensions normalement applicables, ce sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour que cette ordonnance n'a pas été respectée après un délai de sept (7) jours à compter du prononcé de l'ordonnance à

intervenir, sinon de la signification de l'ordonnance à intervenir jusqu'à un montant maximum de 100.000 EUR, sinon tout autre montant ;

Condamner Monsieur Jeff DIESCHBURG à payer à Madame ZHANG une indemnité de procédure d'au moins 25.000 EUR [montant réduit à 12.895.- euros à l'audience du 2 novembre 2022] conformément à l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, tel qu'interprété à la lumière de l'article 14 de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, et en tout cas parce qu'il serait inéquitable de laisser à l'unique charge de la partie demanderesse les frais exposés aux fins de la défense de leurs intérêts à la suite du présent litige ;

Condamner Monsieur Jeff DIESCHBURG à tous les frais et dépens de l'instance ;

Réserver à Madame Jingna ZHANG tous autres droits, dus moyens et actions à faire valoir en temps et lieux utiles et suivant qu'il appartiendra ;

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

Quant à la validité de l'assignation

Jeff DIESCHBURG invoque la nullité de l'exploit d'assignation du 12 octobre 2022 en ce qu'il n'aurait pas donné assignation à comparaître devant une audience tenue au jour et heure habituelle des référés, alors que l'article 81, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, les droits voisins et les bases de données (ci-après la « loi de 2001 ») prévoirait expressément que « l'action est introduite et jugée comme en matière de référé, conformément aux articles 806 à 811-2 du Code de procédure civile », correspondant aux actuels articles 934 à 940 du Nouveau Code de procédure civile.

La partie défenderesse en déduit que la décision devrait être rendue par le magistrat au fond, sous forme d'ordonnance de référé, de sorte que l'assignation aurait dû être portée devant une audience des référés et non pas devant une audience d'une chambre civile.

Le tribunal relève d'emblée que l'action fondée sur l'article 81 de la loi de 2001 est une action au fond donnant lieu à un jugement et non à une ordonnance (Trib. Luxembourg (référé), 13 juillet 2007, n° 431/2007, n° 109.031 du rôle ; Trib. Luxembourg, 23 décembre 2015, n° 343/2015, n° 173.875 du rôle).

L'article 81 de la loi de 2001 dont est déduite l'action de Jingna ZHANG, est libellé comme suit :

« Sans préjudice de la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile, le magistrat président cette Chambre, ordonne la cessation de toute atteinte aux droits d'auteur, à un droit voisin ou à un droit sur une base de données sui generis, à la requête de tout intéressé, (...) ».

« L'action est introduite et jugée comme en matière de référé, conformément aux articles 934 à 940 du nouveau code de procédure civile ». « (...) ».

« Outre la cessation de l'acte litigieux, le président peut ordonner selon la manière qu'il jugera appropriée, la publication et l'affichage de tout ou partie du jugement aux frais de la partie qui succombe ».

Les travaux parlementaires de la loi de 2001, introduisant dans la législation luxembourgeoise cette action civile en cessation d'atteintes aux droits d'auteur, la qualifient comme étant une *« action rapide au fond, introduite et jugée comme en référé, qui permet de demander la cessation de toute violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Le tribunal civil demeure compétent pour prononcer l'indemnisation du ou des titulaires de droits dont les droits ont été violés »* (Doc. parl. n° 4431, Exposé des Motifs, sous 7. Renforcement des sanctions de la contrefaçon).

Il en suit que l'assignation est à porter devant une audience du président siégeant en matière civile, et non pas devant une audience des référés.

En l'occurrence, l'exploit du 12 octobre 2022 assigne Jeff DIESCHBURG à comparaître *« mercredi, le 19 octobre 2022 à 9.00 heures, devant le Président de la chambre civile du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg ... salle TL.3.06 »* (assignation, page 1, dernier alinéa).

L'exploit du 12 octobre 2022 ayant donné assignation à comparaître à date fixe devant le magistrat compétent pour connaître de la demande, le moyen de nullité de l'exploit est à rejeter.

Quant à la recevabilité de l'assignation

Quant à l'irrecevabilité en raison de la saisine de « deux juges différents dans une seule et même affaire »

Jeff DIESCHBURG fait valoir que l'assignation du 12 octobre 2022 serait irrecevable parce qu'elle aurait été lancée en cours de délibéré de l'assignation du 5 juillet 2022 aux termes de laquelle Jingna ZHANG a saisi le juge des référés d'une demande identique à la présente demande en justice. Il fait référence au principe *« una via electa »*.

La maxime *« una via electa non datur recursus ad alteram »* relève de l'article 58 du Code de procédure pénale qui a trait à la contestation de la recevabilité de la constitution de partie civile. Cette disposition pose la règle selon laquelle la partie civile qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente, ne peut plus la porter devant la juridiction répressive.

Cette maxime ne saurait trouver application en l'espèce étant donné qu'en présence de deux instances pendantes devant des juridictions civiles, c'est la notion de litispendance qui s'applique sur le fondement de l'article 262 du Nouveau Code de procédure civile.

Il y a litispendance si quatre conditions cumulatives sont remplies :

- les deux demandes considérées doivent être absolument identiques,
- les deux juridictions doivent être réellement saisies d'une demande,
- les deux demandes doivent être portées devant des juridictions différentes, et
- les deux juridictions saisies doivent être pareillement compétentes.

Cette dernière condition n'est pas remplie en l'espèce.

En effet, l'assignation du 5 juillet 2022 a été portée devant le juge des référés qui est le juge du provisoire, tandis que l'assignation du 12 octobre 2022 a été portée devant le président de la chambre civile statuant comme en matière de référé mais toisant le fond de l'affaire.

Il y a donc lieu de retenir que les deux juridictions saisies n'ont pas du tout la même compétence de telle manière qu'il n'existe pas de litispendance entre les deux instances de sorte que le moyen d'irrecevabilité est à rejeter pour être non fondé.

Quant au moyen relatif au défaut d'intérêt né et actuel

Selon Jeff DIESCHBURG, Jingna ZHANG demanderait principalement qu'il cesse tout acte de reproduction, d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public reprenant les éléments essentiels de la photo litigieuse. Il aurait enlevé la toile de l'exposition et s'engagerait à ne jamais la vendre et à ne plus jamais l'exposer.

Il prétend donc qu'en raison de son engagement, Jingna ZHANG ne justifierait d'aucun intérêt né et actuel à poursuivre la cessation de l'atteinte à ses droits d'auteur invoquée.

En matière de programmes d'ordinateur, il a été jugé qu'une des conditions d'application de l'article 81 de la loi de 2001 est celle qu'une atteinte existe au moment où le juge est appelé à statuer, et que si l'atteinte n'existe plus, la demande n'est plus fondée (Trib. Diekirch, 15 juin 2004, n° 151/2004).

En ce qui concerne l'action en cessation prévue en matière de concurrence déloyale, dont les dispositions légales présentent de nombreuses similitudes avec l'article 81 de la loi de 2001, la jurisprudence est plus nuancée, en ce qu'elle précise que l'action en cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est irrecevable, lorsque cet acte a pris fin et qu'il n'est plus susceptible de se reproduire ; la preuve de l'arrêt définitif de l'acte de concurrence incriminé incombe à celui qui objecte que l'acte a cessé (CSJ (appel commercial), 19 octobre 1977, *Pas.* 24, p. 46).

L'action en cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale n'est irrecevable que lorsque l'acte a pris fin et que les circonstances indiquent qu'il n'est plus susceptible de se reproduire ; la preuve incombe à celui qui invoque l'arrêt définitif (CSJ (appel commercial), 31 mai 1978, *Pas.* 24, p. 127).

Le tribunal se rallie à cette seconde interprétation. En effet, il a encore été retenu, en présence d'un logiciel, que l'action en cessation reste recevable même si l'adversaire a cessé d'utiliser le logiciel litigieux, étant donné qu'il reste en possession de ce dernier et pourrait, du moins théoriquement, continuer à l'utiliser (Cour d'appel (référé), 12 novembre 2008, n°33.656 du rôle).

Jingna ZHANG dispose d'un intérêt né et actuel et une éventuelle injonction à intervenir n'est pas dépourvue de tout objet tant qu'il existe un risque que l'atteinte aux droits d'auteur soit susceptible de se reproduire à l'avenir. Ce n'est que dans le cas dans lequel l'atteinte a définitivement et certainement cessé que la demande perdrait son objet. En l'espèce, Jeff DIESCHBURG n'a pas soumis au tribunal un quelconque élément de preuve permettant de conclure que tout risque futur est à exclure.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité est à rejeter pour être non fondé.

Quant à l'intérêt à agir de Jingna ZHANG

Jeff DIESCHBURG prétend que l'action de Jingna ZHANG serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, au motif que dans une interview accordée le 10 octobre 2022 à CG Garage Podcast, elle aurait affirmé que quand elle prendrait connaissance d'un imitateur de son œuvre, elle l'accepterait et n'entreprendrait rien, ce qui expliquerait le nombre important de ses imitateurs qui ne seraient jamais inquiétés par elle sur le plan judiciaire.

L'intérêt à agir existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur. Il suffit que le demandeur prétende qu'il y ait eu lésion d'un droit et que l'action puisse y remédier. La vérification de l'existence du droit et de sa lésion relève du fond et non pas de l'examen de la recevabilité de la demande.

Même si Jingna ZHANG affirmait ne pas agir généralement, il n'en reste pas moins qu'une telle affirmation n'aurait pas pour conséquence qu'elle ne pourrait plus agir en justice si elle estimait que l'un de ses droits serait lésé.

Il y a donc lieu de retenir que le moyen d'irrecevabilité est à rejeter pour être non fondé.

Quant à l'irrecevabilité découlant de la prétendue qualité d'œuvre dirigée de la photographie litigieuse

Jeff DIESCHBURG soulève le défaut de qualité à agir de Jingna ZHANG, au motif que Jingna ZHANG ne saurait prétendre être titulaire ou propriétaire de droits d'auteur exclusifs sur la photographie visée dans l'exploit d'assignation.

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

Il s'agirait d'une « œuvre de pub » créée par plusieurs à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale qui l'édite, ou la produit et la divulgue sous son nom (Harper's Bazaar et Ferragamo) et dans laquelle la contribution des auteurs participant à son élaboration serait conçue pour s'intégrer dans cet ensemble.

Il y aurait donc lieu d'appliquer les articles 5 et 6 de la loi de 2001. Jingna ZHANG n'aurait aucune qualité pour agir et si elle devait avoir cette qualité, elle ne pourrait pas seule agir en justice.

La qualité pour agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une action en justice pour faire reconnaître l'existence d'un droit méconnu et contesté (H. SOLUS et R. PERROT, *Droit Judiciaire privé*, tome I, Sirey, 1961, nos 262 et s., pp. 243 et s.). Elle constitue pour le sujet le droit d'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée (J. VINCENT, *Rép. Dalloz, Procédure civile et commerciale*, v° « Action », 1955, n° 61).

Il s'ensuit que la qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité de l'action en justice lorsqu'elle est intentée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir sanction (Cour d'appel (référé), 23 octobre 1989, n° 11.429 du rôle).

De même, le tribunal constate que la loi de 2001 prévoit dans son article 81 que l'action est ouverte à « *tout intéressé, y compris un organisme autorisé en vertu de la présente loi à gérer ou à administrer des droits d'auteur ou des droits voisins* ».

Dès lors et afin de savoir si Jingna ZHANG a qualité pour agir, il y a lieu de savoir si elle peut être classée dans la notion de « *tout intéressé* ».

En effet, l'expression « *toute personne intéressée* » ne vise pas seulement les titulaires de droits d'auteur, mais est au contraire fort large en ce sens qu'elle ne se limite pas au titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Elle vise toute personne qui est lésée par la violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin (D. KAESMACHER (coord.), *Les droits intellectuels*, Larcier, 2007, n° 704, p. 557 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, 2000, p. 511, Cour d'appel de Bruxelles, 9e ch., du 9 septembre 2005 Test-Achats c. EMI Records Music Belgium e.a.; Cour d'appel d'Anvers, 26 septembre 2011, BAF c. TELENET et BELGACOM).

Ainsi, pour pouvoir agir, il ne faut pas nécessairement être titulaire de droits ; le demandeur dispose d'un intérêt à agir suffisant lorsqu'il est concerné par une éventuelle atteinte (J.-L. PUTZ, *Le droit d'auteur*, Promoculture Larcier, 2013, n° 681, p. 283).

A qualité pour agir dans le cadre de l'action en cessation de l'article 81 de la loi de 2001, celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera **personnellement** de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

Les termes « *tout intéressé* » sont parfaitement clairs et n'autorisent pas à leur substituer une notion différente, telle que celle (bien plus limitée) de titulaires du droit (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, 2000, pt 646).

En utilisant les termes « *tout intéressé* » dans l'article 81 de la loi de 2001, le législateur a **nécessairement** voulu donner une large ouverture à l'action en cessation et n'a pas entendu limiter cette action aux seuls titulaires du droit d'auteur.

Il suffit par conséquent que Jingna ZHANG allègue être titulaire d'un droit, soit le droit à ce qu'il soit fait interdiction à Jeff DIESCHBURG, de poursuivre tout acte de reproduction (ce qui revient donc au droit de demander la destruction du tableau déjà confectionné), d'adaptation, de distribution, de vente et de communication au public reprenant les éléments essentiels de la ladite photo, pour qu'un intérêt direct et personnel pour agir existe dans son chef.

Le tribunal note que sous le couvert du défaut de qualité à agir dans le chef de Jingna ZHANG, Jeff DIESCHBURG vise en fait les modalités de l'exercice du droit d'auteur invoqué par Jingna ZHANG, à savoir la question de savoir si Jingna ZHANG peut exercer les droits seule, dans l'hypothèse où, tel qu'allégué par Jeff DIESCHBURG, Jingna ZHANG se prévaudrait d'un droit indivis, l'œuvre visée par la protection étant une œuvre collective et non pas personnelle.

Il y a donc lieu d'examiner successivement les articles 5 et 6 de la loi de 2001.

D'après l'article 5 de la loi de 2001, « *1. Lorsque les droits d'auteur sont indivis, leur exercice est réglé par convention. À défaut de convention, aucun des coauteurs ne peut les exercer isolément, sauf aux tribunaux à se prononcer en cas de désaccord. 2. Toutefois, chacun des coauteurs reste libre de poursuivre en son nom et sans l'intervention des autres, l'atteinte qui serait portée aux droits d'auteur et de réclamer des dommages et intérêts pour sa part à condition de mettre en cause les autres coauteurs* ».

En effet, l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord. Ces dispositions évoquent fortement le régime de l'indivision de droit commun des articles 815 et s. du Code civil.

Ainsi, le coauteur d'une œuvre de collaboration qui prend l'initiative d'agir en justice pour défendre ses droits tant patrimoniaux que moraux est tenu de mettre en intervention les autres coauteurs, ce qui signifie qu'il doit les intégrer au procès en les assignant de façon à les informer de l'existence du procès et à leur permettre de décider s'ils veulent s'y investir ou non, étant rappelé que l'action a également pour objet d'interdire toute diffusion de l'œuvre dans son ensemble. Cette mise en cause qui a pour objectif qu'il n'y ait contrariété ni d'intérêts ni de jugement doit intervenir à peine d'irrecevabilité de la demande du coauteur qui agit seul.

En effet, les termes « *à condition de mettre en cause les autres coauteurs* » figurant à l'article 5.2 précité sont clairs.

Cette analyse est par ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation française (Cass. fr. civ. I, 4 octobre 1988, n° 86-19.272, *Bull. civ. I*, n° 268) suivant laquelle le coauteur d'une œuvre de collaboration qui prend l'initiative d'agir en justice pour la défense de ses droits tant patrimoniaux que moraux est tenu, à peine d'irrecevabilité de sa demande, de mettre en cause les autres auteurs de cette œuvre.

Il résulte de l'article 7, alinéa premier, de la loi de 2001 que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». En l'espèce il résulte des pièces fournies par Jingna ZHANG que la photographie litigieuse est divulguée sous son nom (pièces 9, 21 et 22 de la farde de NAUTADUTILH). Il en résulte qu'elle est présumée, sauf preuve contraire, auteur de la photographie litigieuse.

Dans la mesure où c'est Jeff DIESCHBURG qui invoque le moyen relatif à l'article 5 de la loi de 2001, il lui incombe de prouver que Jingna ZHANG n'est pas seule auteur de la photographie litigieuse et que les autres intervenants à la réalisation de la photographie litigieuse sont intervenus à titre de coauteur.

Il lui appartient de prouver que les contributions de ceux qu'il considère comme des coauteurs répondent aux exigences d'activité créative et d'originalité. Il lui appartient ainsi de prouver que les contributions respectives des styliste, coiffeur, fleuriste, artiste make-up, agence de mannequin ont excédé celle d'un simple exécutant technique et qu'il y a eu une véritable manifestation de personnalité de leur part, sachant que l'exécution personnelle de l'œuvre artistique ne doit pas être confondue avec de simples opérations matérielles et techniques. Il lui incombe d'étayer son moyen en fournissant des éléments précis.

De même, il ne suffit pas que les différents participants soient intervenus en qualité d'auteur. Pour que l'œuvre créée soit une œuvre de collaboration, indivise pour le tout, et pas seulement une addition d'œuvres obéissant chacune à leur régime propre, il faut encore qu'elle soit le fruit d'une concertation : un travail créatif concerté et conduit en commun.

Jeff DIESCHBURG ne fournit pas cette preuve, de telle manière que le moyen basé sur l'article 5 de la loi de 2001 doit être rejeté pour être non fondé.

D'après l'article 6 de la loi de 2001, « est dite "œuvre dirigée", l'œuvre créée par plusieurs auteurs à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale qui l'édite ou la produit et la divulgue sous son nom, et dans laquelle la contribution des auteurs participant à son élaboration est conçue pour s'intégrer dans cet ensemble. Sauf disposition contractuelle contraire, la personne physique ou morale sous le nom de laquelle l'œuvre dirigée a été divulguée est investie à titre originaire des droits patrimoniaux et moraux d'auteur sur l'œuvre. »

Quatre conditions cumulatives doivent donc être réunies pour qu'il s'agisse d'une œuvre dirigée (voy. J.-L. PUTZ, *op. cit.*, n^{os} 570 à 574, pp. 239 à 240) :

- Il faut que la personne en question ait pris l'initiative d'organiser la création de l'œuvre et que les différentes contributions soient créées *ab initio* dans l'objectif d'être intégrées dans cette œuvre. Lorsque l'idée de créer l'œuvre d'ensemble est postérieure à la création des éléments qui la composent, il ne peut s'agir d'une œuvre collective. Cela se justifie notamment par le fait que les auteurs individuels, que l'on privera de tout droit d'auteur, doivent savoir dès le début qu'ils travaillent pour compte d'autrui et avoir une idée du résultat d'ensemble de l'œuvre à laquelle ils participent.
- Par ailleurs, il faut que l'initiateur du projet exerce un pouvoir de direction et de coordination, en ce sens que l'assemblage de l'œuvre finale doit être le fruit de son travail. Il indiffère par contre de savoir si l'initiateur a lui-même fait un apport créatif ; son apport peut être purement organisationnel et technique. Cette direction doit s'exercer à tous les stades du processus, depuis l'initiative, en passant par la réalisation jusqu'à la divulgation publique et l'édition.
- Il faut que l'œuvre soit divulguée sous le nom de l'initiateur. Il n'est pas nécessaire que l'initiateur soit expressément désigné comme « *auteur* », mais il faut que l'initiateur apparaisse comme étant à l'origine de l'œuvre.
- Il est enfin indispensable que plusieurs auteurs aient contribué à l'œuvre.

Jeff DIESCHBURG prétend que la photographie litigieuse aurait été créée, dirigée et divulguée par différentes maisons commerciales, dont Harper's Bazaar et Ferragamo. Il s'agirait d'une « *œuvre de pub* » créée par plusieurs à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale qui l'édite, ou la produit et la divulgue sous son nom (Harper's Bazaar et Ferragamo) et dans laquelle la contribution des auteurs participant à son élaboration serait conçue pour s'intégrer dans cet ensemble.

Il est cependant contesté par Jingna ZHANG que la photographie litigieuse ait été publiée dans Harper's Bazaar. De même, il résulte des pièces fournies par Jingna ZHANG que la photographie litigieuse est divulguée sous son nom (pièces 9, 21 et 22 de la farde de NAUTADUTILH). Par application de l'article 7, alinéa premier, de la loi de 2001 cité plus haut, Jingna ZHANG est présumée, sauf preuve contraire, auteur de la photographie litigieuse.

Dans la mesure où c'est Jeff DIESCHBURG qui invoque le moyen relatif à l'article 6 de la loi de 2001, il lui incombe de prouver que les conditions d'application de ce texte sont réunies.

En l'espèce, contrairement à ses affirmations, Jeff DIESCHBURG ne rapporte pas la preuve que la photographie litigieuse a été divulguée sous le nom d'un prétendu « *initiateur* » autre que Jingna ZHANG.

De même, comme développé plus haut, à propos du moyen relatif à l'article 5 de la loi de 2001, il lui appartient de prouver que les contributions de ceux qu'il considère comme des auteurs répondent aux exigences d'activité créative et d'originalité et qu'ils n'ont pas exécuté de simples opérations matérielles et techniques

Enfin, il faut qu'il prouve que le prétendu « *initiateur* » a exercé un pouvoir de direction et de coordination et qu'il a pris l'initiative d'organiser la création de la photographie litigieuse et que les différentes contributions soient créées *ab initio* dans l'objectif d'être intégrées dans cette photographie litigieuse.

En l'espèce, contrairement à ses affirmations, Jeff DIESCHBURG ne rapporte pas ces preuves.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité basé sur l'article 6 de la loi de 2001 est à rejeter pour être non fondé.

Il y a donc lieu de conclure que l'action de Jingna ZHANG est recevable.

Quant au fond

À l'encontre des prétentions de Jingna ZHANG, Jeff DIESCHBURG fait valoir les trois moyens suivants :

- la photographie litigieuse ne serait pas un original artistique, mais une œuvre à finalité de publicité qui ne serait pas la création propre à l'auteur qui aurait eu un rôle très réduit dans la production ;
- subsidiairement, la photographie litigieuse n'aurait rien d'original et relèverait de l'imitation du style d'œuvres du XIX^e siècle ;
- plus subsidiairement, le diptyque intitulé « Turandot » de Jeff DIESCHBURG relèverait de l'exception de pastiche prévue à l'article 10, 6 de la loi de 2001.

Dans un souci de logique juridique, il y a lieu d'apprécier dans un premier temps si la photographie litigieuse présente l'originalité suffisante pour bénéficier de la protection résultant de la loi de 2001.

Jeff DIESCHBURG conteste que la photographie litigieuse prise par Jingna ZHANG soit suffisamment originale pour pouvoir bénéficier de la protection au titre des droits d'auteur. Il fait ainsi valoir qu'il s'agirait d'un cliché ordinaire et banal qui ne serait nullement empreint de la personnalité de son auteur.

Il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi de 2001, les droits d'auteur protègent les œuvres littéraires et artistiques originales, quels qu'en soient le genre et la forme ou l'expression, y compris les photographies, les bases de données et

les programmes d'ordinateur. Ils ne protègent par contre pas les idées, les méthodes de fonctionnement, les concepts ou les informations, en tant que tels.

Pour jouir de la protection de la loi de 2001, une création doit donc remplir les conditions suivantes :

- il doit s'agir d'une œuvre présentant une mise en forme, une expression concrète, ce qui la distingue de la simple idée abstraite,
- l'œuvre doit présenter un degré suffisant d'originalité, provenant de l'empreinte de personnalité de l'auteur, celle-ci la distinguant de la simple information ou du simple objet technique
(J.-L. PUTZ, *op. cit.*, n° 78, p. 57 ; Trib. Luxembourg, 24 juin 2005, n°192/05, n°s 86.844 et 89.286 du rôle).

Ce n'est qu'en cas de réunion de ces deux conditions que la loi de 2001 confère à l'auteur de l'œuvre une série de droits exclusifs, qui sont généralement subdivisés en deux catégories, à savoir :

- les droits moraux, qui regroupent le droit de divulgation, le droit de paternité et le droit de s'opposer à la déformation,
- les droits patrimoniaux, qui comprennent le droit de reproduction, le droit de communication au public, le droit de location et de prêt et les droits de suite et d'accès spécifiques aux arts plastiques.

Avant de pouvoir se prononcer sur une éventuelle violation des droits d'auteur conférés par la loi de 2001, le tribunal se doit de vérifier si la photographie litigieuse remplit les conditions pour pouvoir constituer une œuvre protégée au sens de la loi de 2001.

La première condition tenant à la mise en forme de l'œuvre ne pose pas de difficultés en l'espèce, la photographie litigieuse ayant été matérialisée sur un support perceptible par l'homme.

En ce qui concerne la deuxième condition tenant à l'originalité de l'œuvre, il est de jurisprudence constante que pour revêtir le caractère d'originalité exigé par la loi, une œuvre doit porter la marque de la personnalité, de l'individualité, du goût, de l'intelligence et du savoir-faire de son créateur.

La notion d'originalité est ainsi la notion centrale qui permet de distinguer l'œuvre de la « non-œuvre ». Elle suppose une démarche intellectuelle de la part de l'auteur, portant non seulement sur l'information et le contenu, mais également sur l'expression et l'esthétique en soi. Il faut que l'auteur ait consciemment voulu donner à son œuvre une certaine forme, forme qui n'est pas dictée par de simples finalités fonctionnelles ou techniques. L'œuvre se distingue ainsi du travail artisanal, qui se caractérise par la mise en œuvre d'un savoir-faire technique. L'artisan reproduit l'existant, l'artiste crée le nouveau (Trib. Luxembourg, 16 juin 2015, n°168/2015, n°153.029 du rôle).

Transposés aux œuvres photographiques, ces principes conduisent à n'accorder la protection des droits d'auteur qu'aux photographies qui se distinguent des clichés

ordinaires par une volonté d'expression artistique telle que le cadrage, les effets de lumière ou de perspective.

La bonne qualité d'une photographie, que l'on attend d'ailleurs d'un photographe professionnel, et qui révèle un savoir-faire, ne se confond pas avec l'originalité (Cour d'appel, 10 mai 2017, n° 42.766 du rôle). L'appréciation du critère de l'originalité est indépendante de la qualité de professionnel du photographe.

En matière de photographie, les juridictions analysent généralement les choix effectués par l'auteur pour en déduire qu'il a marqué l'œuvre de sa personnalité. Les choix doivent révéler la personnalité du créateur pour qu'ils puissent justifier la protection par les droits d'auteur.

Des photos ordinaires, telles des photos de souvenir, de vacances ne bénéficient *a priori* pas de protection, alors que leur but est la fixation visuelle d'une scène et non la recherche d'un effet artistique (J.-L. PUTZ, *op. cit.*, n° 133, p. 78).

Ces principes sont conformes à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui retient également que le droit d'auteur n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet, telle une photographie, qui est original en ce sens qu'il 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 pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs (CJUE, 1^{er} décembre 2011, C-145/10, n°87-89).

S'agissant plus particulièrement d'une photographie de portrait, la CJUE a relevé que l'auteur pourra effectuer ses choix libres et créatifs de plusieurs manières et à différents moments lors de sa réalisation.

Au stade de la phase préparatoire, l'auteur pourra choisir la mise en scène, la pose de la personne à photographier. Encore faut-il que la pose présente une originalité particulière, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est influencée par des tableaux connus et que la personne se trouve dans un environnement banal. L'éclairage peut être artificiel. S'il relève du simple savoir-faire, il est un choix technique non constitutif d'originalité. En revanche, le travail sur la lumière, ses sources, sa direction, la recherche d'effets, de reliefs peut exprimer la créativité du photographe lorsqu'il contribue à un jeu d'ombre et de lumière, à l'effet d'un contre-jour ou à un contraste, permettant de mettre en relief ou de mettre en exergue, tel ou tel fragment de l'élément choisi (S. CHATRY, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1150, « Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Protection des photographies », 2020, n° 65). Si ces choix dépendent de l'initiative d'un tiers (réalisateur, directeur artistique, styliste, commanditaire), le photographe ne pourra pas revendiquer de protection à son profit (S. CHATRY, *op. cit.*, n° 66).

Lors de la prise de la photographie de portrait, il pourra choisir l'instant ou le moment opportun, le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée. Ces choix

doivent alors manifester la personnalité de l'auteur quant au résultat obtenu s'agissant des volumes, des perspectives, de la composition ou l'expressivité d'un personnage, les contrastes, les couleurs, l'effet de capter l'attention du public, l'existence d'une vision ou d'une inspiration du photographe (S. CHATRY, *op. cit.*, n° 67).

Enfin, lors du tirage du cliché, l'auteur pourra choisir parmi diverses techniques de développement qui existent celle qu'il souhaite adopter, ou encore procéder, le cas échéant, à l'emploi de logiciels. Il convient donc d'entendre la phase du tirage de la photographie de manière large comme l'ensemble des opérations effectuées par le photographe ou un tiers après la prise de vue (S. CHATRY, *op. cit.*, n° 70). Ce travail peut prendre la forme de retouches sur les couleurs, les contrastes, la saturation, mais aussi sur la suppression d'éléments ou sur l'arrière-plan. Il peut aussi consister en un découpage ou recadrage de la photographie. Toutefois, toute retouche n'emporte pas protection par le droit d'auteur. Lorsqu'elles ne sont « *que le résultat de manipulations techniques facilitées par l'emploi des logiciels de retouche photographique numérique* » (CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 nov. 2012, n° 11/03286) ou lorsqu'elles « *ont pour seul effet d'éclaircir les couleurs générales, de jouer sur les contrastes de lumière, d'affiner le grain de peau du mannequin et d'en gommer les irrégularités, d'ajouter du maquillage* » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 7 avr. 2015, n° 13/21690), aucune originalité ne pourra s'en dégager (S. CHATRY, *op. cit.*, n° 71).

À travers ces différents choix, l'auteur d'une photographie de portrait est ainsi en mesure d'imprimer sa touche personnelle à l'œuvre créée.

Une photographie de portrait est donc susceptible d'être protégée par le droit d'auteur à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie (CJUE, 1^{er} décembre 2011, C-145/10, n°90-94).

Conformément à l'article 58 du Nouveau Code de Procédure Civile, il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention.

Ainsi, lorsque la protection au titre du droit d'auteur est contestée en défense, l'originalité d'une œuvre doit être explicitée et établie par celui qui s'en prétend auteur, seul ce dernier étant à même d'identifier les éléments traduisant sa personnalité.

Il incombe dès lors au photographe l'obligation de démontrer que la photographie sur laquelle il revendique des droits d'auteur est originale du fait du choix ou de l'intérêt de l'objet ou du sujet photographié, de la technique photographique mise en œuvre (vitesse d'obturation, focale, exposition dans le cas de l'utilisation généralement d'appareils argentiques), de l'aménagement du décor par une mise en scène ou par une quelconque intervention humaine, fût-ce le moment délibérément choisi par le photographe (arc en ciel, éclairs, effets naturels provoqués par la pluie, la neige, la chaleur ou provoqués par une intervention humaine), du choix de l'angle de prise de vue ou du cadrage ou du travail réalisé sur le support que ce soit de la pellicule ou un support numérique (CA Paris, pôle 5, 2^{ème} ch., 25 mai 2012, n°11/12983).

À une époque où le maniement des appareils photographiques numériques est devenu courant et banal, où les réglages se font généralement automatiquement sans plus aucune intervention humaine si ce n'est dans le choix du sujet et du déclenchement de l'appareil, il convient en effet d'exiger du demandeur à l'action de définir de façon précise ce qui caractérise l'originalité de sa photographie et de dire où se trouve l'empreinte de sa personnalité, sans transférer sur les juridictions saisies le fardeau de cette preuve, celles-ci ne pouvant fonder leurs décisions que sur des faits préalablement exposés et contradictoirement discutés (CA Paris, *précité*).

Jeff DIESCHBURG conteste que la photographie litigieuse prise par Jingna ZHANG soit suffisamment originale pour pouvoir bénéficier de la protection au titre des droits d'auteur. Il fait ainsi valoir qu'il s'agirait d'un cliché ordinaire et banal qui n'est nullement empreint de la personnalité de son auteur.

Malgré les contestations émises par Jeff DIESCHBURG, Jingna ZHANG fait principalement valoir qu'« *on note[rait] un travail particulier sur le choix des couleurs, l'éclairage, le positionnement, le maquillage et les vêtements du modèle ou encore l'ajout d'un bouquet de fleurs au coloris en contraste avec le reste du portrait* ». Tout en décrivant ainsi la photographie par des caractérisations qui ne constituent que des affirmations générales, non étayées par des éléments précis, elle ne décrit cependant aucun élément qui permettrait au tribunal de connaître l'effort personnel de création réalisé par Jingna ZHANG de nature à conférer à la photographie litigieuse un caractère d'originalité suffisant pour la qualifier d'œuvre photographique protégée par la loi de 2001.

Jingna ZHANG verse deux pièces intitulées « *declaration on honour* » (pièces 25 et 27 de la farde de NAUTADUTILH).

La première déclaration, datée au 12 septembre 2022, dont l'auteur est identifié comme Tran Phuong My, née à Ho Chi Minh City, Vietnam, le 15 août 1988 (pièce 25 de la farde de NAUTADUTILH) précise ce qui suit :

« *Ms. Jingna Zhang has been the photographer in charge of the cover of the November 2017 edition of Harper's Bazaar Vietnam and other pictures of Asian models in the very same edition. On the cover figured the South-Korean model Park Ji Hye :*

[...]

The following picture has been realized in this context, it being understood that it was not published in the November 2017 edition of Harper's Bazaar Vietnam.

[photographie litigieuse]

In line with the industry practice, neither the stylists, nor any other staff procuring technical support have the copyrights on these pictures, which are vested with Ms. Jingna Zhang as the photographer as she directs how the model should look and gives instructions in this regard ».

L'autre déclaration datée au 19 septembre 2022, dont l'auteur est identifié comme Tran Nguyen Thien Huong « *founder and Editor-in-Chief of Harper's Bazaar Vietnam* » et qui est signée, la signature étant suivie par la mention « *done on behalf of Harper's Bazaar Vietnam* » (pièce 27 de la farde de NAUTADUTILH), a le contenu suivant :

« Ms. Jingna Zhang was the photographer in charge of the covers (print and digital) of the November 2017 edition of Harper's Bazaar Vietnam. She photographed several portraits of Asian models in the very same edition, including Park Ji Hye, Kim Sung Hee, and Hannah Vu. On the following digital cover was the figure of the South-Korean model Park Ji Hye :

[...]

The following picture has been realized in the same series of photos taken for Harper's Bazaar Vietnam in the same context, however it was not selected to be published in the November 2017 edition.

[photographie litigieuse]

Ms. Jingna Zhang has borne a major part of the production costs by herself. In line with the industry practice, Ms. Jingna Zhang fully holds the copyrights on all of these pictures, Harper's Bazaar Vietnam is only the platform where the pictures were published. »

Pour être régulière, l'attestation doit respecter certaines règles de forme, plus amplement définies à l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile. Or, même à admettre qu'une attestation ne remplisse pas toutes ces règles de forme, il convient de constater que cet article n'a pas assorti de nullité l'inobservation de ces prescriptions. Aussi, une attestation établie en méconnaissance de l'article 402 précité n'est pas nulle et il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si l'attestation irrégulière en la forme présente des garanties suffisantes pour emporter sa conviction.

L'attestation testimoniale est soumise quant à sa crédibilité à l'appréciation souveraine des juges du fond qui peuvent soit ne pas en tenir compte, soit fonder sur elle leur décision. L'attestation est la relation écrite par un tiers de faits dont il a eu personnellement connaissance, parce qu'il les a constatés, vus ou entendus. Elle doit ainsi contenir la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

En l'espèce, les deux pièces intitulées « *declaration on honour* » ne sont pas manuscrites, de telle manière qu'elles ne permettent pas d'identifier les auteurs de l'écrit. De même, ces pièces contiennent l'insertion de photographies auxquelles les déclarations font référence. Or il n'est pas non plus possible d'identifier l'auteur de ces insertions.

La pièce 25 de la farde de NAUTADUTILH contient une signature manuscrite suivie de la mention manuscrite du nom de l'auteur de la signature, sans qu'il soit néanmoins

possible de vérifier l'identité de la personne ayant signé ce document, la copie du passeport de Tran Phuong My ne contenant pas d'illustration de la signature de son titulaire. De même, la pièce 27 de la farde de NAUTADUTILH contient une signature manuscrite suivie par la mention « *done on behalf of Harper's Bazaar Vietnam* », sans qu'il soit néanmoins possible d'identifier l'identité de la personne ayant signé ce document, la copie du passeport de Nguyen Thien Huong ne contenant pas d'illustration de la signature de son titulaire.

Au vu de ces éléments, il existe des doutes sur l'identité des auteurs des déclarations contenues dans les deux pièces intitulées « *declaration on honour* » (pièces 25 et 27 de la farde de NAUTADUTILH) de telle manière qu'elles ne présentent pas des garanties suffisantes pour emporter la conviction du tribunal.

À titre superfétatoire, il y a lieu de préciser que la « *declaration on honour* » du 19 septembre 2022 (pièce 27 de la farde de NAUTADUTILH) ne contient aucun élément qui permettrait de retenir que la photographie litigieuse serait une œuvre originale.

Pour ce qui est de la « *declaration on honour* » du 12 septembre 2022 (pièce 25 de la farde de NAUTADUTILH), elle contient l'affirmation suivante : « [...] *copyrights on these pictures [...] are vested with Ms. Jingna Zhang as the photographer as she directs how the model should look and gives instructions in this regard.* »

S'il est vrai que la personnalité du photographe peut se révéler par les choix effectués dans la mise en scène de la photographie et en particulier sur les accessoires, voire la pose, encore faut-il que la pose présente une originalité particulière, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est influencée par des tableaux connus et que la personne se trouve dans un environnement banal (S. CHATRY, *op. cit.*, n° 63).

Or, en l'espèce, l'affirmation contenue dans cette « *declaration on honour* » ne contient pas de précisions sur la genèse de la photographie litigieuse permettant d'identifier l'originalité du travail de Jingna ZHANG, de telle manière qu'elle ne permet pas de retenir que la photographie litigieuse est une œuvre originale.

L'absence de précision des éléments fournis par Jingna ZHANG doit être confrontée à la genèse de la photographie litigieuse telle que décrite par Jeff DIESCHBURG :

« *Récemment la version vietnamienne " Harper's Bazaar" a pris les "fleurs" comme thème. [...] La styliste Phuong My a laissé les mannequins porter des vêtements simples de plusieurs marques [...] et les a assortis avec des coiffures naturelles [...] complétés par des embellissements. Les fleurs sur le modèle, qu'il s'agisse d'un hortensia à la main ou d'une [illisible] allongée légèrement dans ses bras, tout met en valeur la beauté unique de la femme [...]* » (page 14 des « conclusions » de VOGEL AVOCAT).

De même, Jeff DIESCHBURG a soumis au tribunal de nombreuses copies de peintures et photographies illustrant des poses très similaires à celle prise sur la photographie litigieuse (pages 31 et 32 des « conclusions » de VOGEL AVOCAT et pages 24 et 25 de la pièce 29 de NAUTADUTILH).

Au vu de ces précisions, les affirmations de Jingna ZHANG apparaissent très insuffisantes, ce d'autant plus que c'est à elle qu'incombe la charge de la preuve du caractère original de la photographie litigieuse.

Aucune précision n'est ainsi apportée quant à la composition et l'organisation de l'image, son cadrage, l'angle de prise de vue, le choix de la luminosité, le travail de réflexion du photographe, la mise en scène réalisée, la technique photographique mise en œuvre, etc., à part la remarque qu'il y aurait eu une « *post-production* » de la photographie illustrée par la pièce 24 de la farde de NAUTADUTILH, qui n'est cependant étayée par aucune précision quant aux travaux éventuels effectués et qui constitueraient une manifestation, voire expression de la personnalité de Jingna ZHANG.

De même, si cette pièce 24 de la farde de NAUTADUTILH illustre certaines retouches, il a toutefois été retenu plus haut que toute retouche n'emporte pas protection par le droit d'auteur. En l'espèce, les retouches repérées par le tribunal ont pour seul effet d'éclaircir les couleurs générales, de jouer sur les contrastes de lumière, d'affiner le grain de peau du mannequin et d'en gommer les irrégularités, d'ajouter du maquillage. Il y a lieu de constater qu'aucune originalité ne peut se dégager de telles retouches.

Jingna ZHANG reste ainsi en défaut d'établir en quoi la photographie litigieuse serait empreinte de sa personnalité, condition pourtant nécessaire pour pouvoir jouir de la protection offerte par la loi de 2001 sur les droits d'auteur.

Les demandes de Jingna ZHANG à l'encontre de Jeff DIESCHBURG sur base de la loi de 2001, sont dès lors à déclarer non fondées.

Quant à l'indemnité de procédure

Jingna ZHANG demande que Jeff DIESCHBURG soit condamné à lui payer le montant de 12.895.- euros sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Jeff DIESCHBURG demande que Jingna ZHANG soit condamnée à lui payer le montant de 5.000.- euros sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, arrêt n° 60/15, JTL 2015, n° 42, page 166).

Au vu de l'issue du litige, Jingna ZHANG est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité sur base de cet article.

Jeff DIESCHBURG ne démontrant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sa demande introduite sur cette base n'est pas fondée.

Quant à l'exécution provisoire

Jingna ZHANG sollicite encore l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

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

Au vu de l'issue du litige, la demande de Jingna ZHANG devient sans objet.

PAR CES MOTIFS

Nous **Hannes WESTENDORF**, juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en remplacement du président de la chambre civile, statuant au fond mais comme en matière de référé, sur base de l'article 81 de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, les droits voisins et les bases de données, et contradictoirement ;

disons les demandes de Jingna ZHANG recevables ;

les disons non fondées ;

disons non fondée la demande de Jeff DIESCHBURG en obtention d'une indemnité de procédure sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

disons qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement ;

condamnons Jingna ZHANG aux frais et dépens de l'instance.

