

Grosses délivrées **RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**Pôle 5 - Chambre 1**

**ARRÊT DU 07 AVRIL 2015**

(n° 76/2015, 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **13/21690**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Octobre 2013 -Tribunal de Grande Instance de Paris - 3ème chambre - 2ème section - RG n° 11/04816

**APPELANT**

**Monsieur Hagay ELLE**

Né le 14 mars 1967 à TEL AVIV (ISRAEL)

34 rue Joseph de Maistre

75018 Paris

Représenté par Me Emmanuel ASMAR de l'Association ASMAR ASSAYAG, avocat au barreau de PARIS, toque R 261

Assisté de Me Justine DELRIEU plaissant pour Me Emmanuel ASMAR, avocat au barreau de PARIS, toque R 261

**INTIMEES**

**SA ORLANE,**

**Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège social situé**

12/14 Rond Point des Champs Elysées

75008 PARIS

Immatriculée au rcs de Paris sous le numéro B 333 621 134

Représentée par Me Pascale FLAURAUD, avocat au barreau de PARIS, toque K 0090

Assistée de Me Casey JOLY, avocat au barreau de PARIS, toque L 52

**SARL OPOS SARL,**

**prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège social situé**

4, avenue Claude Vellefaux

75010 PARIS

Immatriculée au rcs de Paris B 418 200 754

Représentée par Me Sylvie CHARDIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0079

Assistée de Me Juliette DUFOUR plaidant pour le Cabinet PASCAL NARBONI, avocat au barreau de PARIS, toque E 700

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 24 février 2015, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Benjamin RAJBAUT, Président de chambre

Madame Anne-Marie GABER, Conseillère

Mme Nathalie AUROY, Conseillère

qui en ont délibéré.

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

**Greffier**, lors des débats : Madame Carole TREJAUT

**ARRÊT :**

- contradictoire
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Monsieur Benjamin RAJBAUT, président et par Madame Karine ABELKALON, greffier présent lors du prononcé.

\*\*\*

Vu le jugement rendu le 4 octobre 2013 par le tribunal de grande instance de Paris,

Vu l'appel interjeté le 13 novembre 2013 par M. Hagay Elle,

Vu les dernières conclusions transmises par M. Elle le 13 février 2014,

Vu les dernières conclusions transmises par la société Orlane le 11 avril 2014,

Vu les dernières conclusions transmises par la société Opos le 9 avril 2014,

Vu l'ordonnance de clôture du 9 décembre 2014,

**MOTIFS DE L'ARRÊT**

Considérant que la société Orlane, ayant pour activité la production et la commercialisation de parfums et cosmétiques, a fait appel à la société Opos, agence de conseil en communication et marketing, pour l'élaboration d'une image destinée à illustrer la campagne de publicité d'un nouveau

produit de soins de la peau, nommé provisoirement 'Fast & Luminous', puis, lors de sa commercialisation, 'Light Box' ;

Que, parmi les concepts visuels sur supports numériques proposés par la société Opos, la société Orlane a choisi celui d'un visage de femme aux yeux et à la peau claire, de trois quart face, cadre serré et coupé au niveau du front et du menton, dont seul l'oeil gauche est visible, et traversé par un rayon lumineux en forme triangulaire, venant, de droite à gauche, balayer le regard, la pommette et la joue ;

Que, pour la réalisation de la photographie correspondante, la société Opos a fait appel au photographe M. Hagay Elle, sur la base d'un devis daté du 11 février 2008, d'un montant de 13 700 € HT, comportant notamment, outre la rémunération d'un assistant photographe, d'un maquilleur et d'un mannequin, les honoraires du photographe incluant les retouches, et, à hauteur de 1 000 € les droits d'utilisation pour les territoires '*USA, Europe, Middle East*' et pour les supports '*PLV(soit Publicité sur Lieu de Vente), Edition, Presse féminine & professionnelle, Internet*' pour une durée d'un an ;

Que M. Elle a réalisé la prise de vues le 18 février 2008 ; que la société Opos lui a fait connaître, par courriel du 21 février 2008, que la photographie retenue par le client était, pour la jeune femme, la n°19028-019028, et pour l'oeil, une autre, puis, par courriel du 4 mars 2008, que la référence de la nouvelle version de l'oeil était la n°5-009503 ; qu'à chaque fois, M. Elle a, notamment sur instructions de la société Opos, fait procéder par son technicien graphiste à des retouches numériques sur la photographie composée ; que celle-ci a été remise à la société Opos, puis utilisée par la société Orlane pour la commercialisation de son produit ;

Qu'ayant appris que la société Orlane continuait d'utiliser la photographie, selon lui sur un support non prévu par le devis, et au-delà du délai défini, M. Elle a, dûment autorisé par ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris du 17 février 2011, fait procéder, le 3 mars 2011, à une saisie-contrefaçon au siège de la société Orlane et au grand magasin Les Galeries Lafayette à Paris, puis, par acte du 18 mars 2011, a fait assigner la société Orlane devant le tribunal de grande instance de Paris en contrefaçon de ses droits patrimoniaux et moraux d'auteur ; qu'il a fait assigner la société Opos aux mêmes fins par acte du 23 janvier 2012 ; que les deux instances ont été jointes ;

Considérant que dans son jugement du 4 octobre 2013, après avoir relevé que la photographie litigieuse avait été réalisée suivant des indications précises du donneur d'ordre et substantiellement modifiée après la prise de vue, suivant de nouvelles indications de la société Opos, et en avoir déduit qu'elle n'était pas le résultat d'une activité créatrice de M. Elle et ne présentait pas l'originalité lui permettant de bénéficier de la protection du droit d'auteur, le tribunal a :

débouté M. Elle de l'ensemble de ses demandes,

- condamné M. Elle aux dépens, dont distraction au profit des conseils de la société Opos et de la société Orlane en application des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,
- condamné M. Elle à payer à la société Opos et à la société Orlane une somme de 4 000 € chacun au titre de l'article 700 du même code,
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

- sur l'originalité de la photographie :

Considérant que les sociétés Orlane et Opos dénie toute originalité à la photographie litigieuse ;

Considérant qu'il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle, l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous qui comporte des attributs d'ordre

intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, et que ce droit est conféré, selon l'article L112-1 du même code, à l'auteur de toute oeuvre de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ;

Que sont notamment considérées comme oeuvres de l'esprit, en vertu de l'article L112-2, les oeuvres graphiques et typographiques et encore, les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;

Qu'il se déduit de ces dispositions le principe de la protection d'une oeuvre, sans formalité, du seul fait de la création d'une forme originale, portant l'empreinte de la personnalité de son auteur ;

Considérant qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que M. Elle a réalisé la photographie litigieuse pour répondre à une commande de la société Opos, sur la base des '*maquettes et briefs communiqués par le client*', selon les termes du devis du 11 février 2008 ;

Que le '*rappel des différentes étapes chronologiques qui ont abouti à la réalisation du visuel final*' rédigé par M. Vincent Massoteau, directeur de création pour la société Opos, qui ne satisfait pas à toutes les exigences de l'article 202 du code de procédure civile - il n'est notamment pas manuscrit et n'indique pas les mentions de l'alinéa 3 destinées à rappeler à son auteur les sanctions auxquelles il s'expose en cas de fausse attestation -, doit, compte tenu en outre du lien de subordination existant avec la société partie à la présente instance, être reçu avec circonspection ;

Qu'ainsi, il ressort des échanges de courriels entre M. Elle et son agent pour organiser la séance de prise de vues du 18 février 2008 que, contrairement à ce qu'allègue la société Orlane, le mannequin sujet de la photographie a été choisi in fine par le photographe ;

Que par ailleurs, si, dans son attestation - conforme aux exigences de l'article 202 du code de procédure civile et non arguée de faux - M. Christophe Harrang, graphiste ayant procédé à l'essentiel des retouches numériques, reconnaît la présence de M. Massoteau dans le studio lors de la séance de prise de vues, il précise ensuite que celui-ci n'a pas assisté au '*shooting*', ce qui limite le rôle de direction que voudraient lui voir reconnaître les sociétés intimées, les choix artistiques opérés pendant cette séance revenant au photographe seul ;

Qu'il résulte de la comparaison, à laquelle la cour s'est livrée, entre la maquette de la société Opos et la photographie finale, que si cette dernière exprime fidèlement le concept défini par le client, tel que grossièrement représenté sur son visuel - soit la représentation d'un visage de femme aux yeux et à la peau claire, de trois quart face, cadre serré et coupé au niveau du front et du menton, dont seul l'oeil gauche est visible, et traversé par un rayon lumineux en forme triangulaire, venant, de droite à gauche, balayer le regard, la pommette et la joue -, elle se distingue nettement de ce dernier sous plusieurs aspects tenant à l'inclinaison gracieuse du visage, la profondeur de l'expression et l'intensité du regard, la position de l'iris - déplacé de la gauche à la droite de l'oeil, donnant l'impression de fixer celui qui regarde la photographie, au lieu de regarder au loin vers la gauche -, au cadrage davantage centré sur l'oeil du mannequin, où la bouche plus colorée, souriante et sensuelle a toute sa place, la lumière venant de la tempe et non de l'oreille, créant avec les zones d'ombre une impression plus douce ; que M. Harrang témoigne de la façon dont M. Elle '*a travaillé avec la lumière et le contraste et a dirigé le mannequin afin d'obtenir une orientation, une profondeur et une densité du regard bien spécifique*', ajoutant '*c'est d'ailleurs de manière générale une des caractéristiques de son travail artistique*', ce que la cour a pu vérifier sur les extraits du site internet du photographe produits et ce qui explique que le choix de la société Opos se soit porté sur lui ;

Qu'au contraire, les retouches effectuées sur instructions précises de la société Opos, telles qu'elles figurent sur les différents courriels produits, s'apparentent davantage à du '*nettoyage*', pour reprendre l'expression utilisée par la société Opos elle-même dans son courriel à M. Elle du 21 février 2008, et 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, ce qui n'affecte pas le travail effectué par le photographe précédemment décrit ;

Qu'indépendamment du changement d'orientation du regard, dont les éléments versés aux débats ne permettent pas d'imputer l'initiative à M. Elle plutôt qu'à l'annonceur, les choix opérés par le photographe lors de la prise de vues, leur combinaison et la démarche globale du photographe, qui s'inscrit dans la recherche d'un résultat esthétique et procède d'un effort créatif, exprimant à travers le résultat obtenu, au-delà de l'expression fidèle du concept défini par le client, sa sensibilité personnelle et sa personnalité ;

Qu'il s'ensuit que la photographie en cause présente le caractère d'originalité requis pour bénéficier de la protection conférée aux oeuvres de l'esprit par les dispositions légales précitées ; que le jugement doit par voie de conséquence être infirmé ;

- sur les actes de contrefaçon :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 131-3, alinéa 1er, du code de la propriété intellectuelle, la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à sa durée ;

que selon l'article L 122-4 du code de la propriété intellectuelle, la contrefaçon est constituée par toute représentation, reproduction ou exploitation de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause ;

Considérant qu'en l'espèce, il vient d'être exposé que la cession des droits d'exploitation de la photographie de M. Elle pour un montant de 1 000 € HT était, en vertu du devis du 11 février 2008 sur la base duquel il a été engagé - et donc présumé accepté par la société Opos -, limitée à son utilisation pour les territoires '*USA, Europe, Middle East*' et pour les supports '*PLV*(soit Publicité sur Lieu de Vente), *Edition, Presse féminine & professionnelle, Internet*' pour une durée d'un an ; qu'à défaut de précision et de preuve d'usage généralisé en ce sens, le point de départ de ce délai d'un an doit être fixé, non pas de façon décalée selon les pays, mais à la date de la première commercialisation du produit, que M. Elle admet pouvoir fixer au mois d'octobre 2008, correspondant au début de sa commercialisation en Europe ;

Qu'il résulte des procès-verbaux de saisie-contrefaçon du 3 mars 2011 que la société Orlane a utilisé la photographie litigieuse sur les conditionnements des produits 'Light box' qu'elle a commercialisés sous la forme de coffrets - lesquels, contrairement à ce que soutiennent les sociétés intimées, ne peuvent être assimilés à des PLV et n'étaient donc pas inclus dans la cession prévue au devis -, et qu'elle en a poursuivi la commercialisation dans le monde entier, au delà de la zone géographique et du délai convenus (chiffres déclarés : 379 vendues en 2009, 894 en 2010, 4 en 2011 - arrêté au 3 mars 2011 -, 254 en stock étant bloquées pour défaut de qualité, le produit étant déclaré en discontinuation, ce qui signifie que sa production a cessé, seul le stock existant étant proposé à la vente) ; que ce jour là, 3 des 5 'Light box' proposées à la vente sur le stand Orlane des Galeries Lafayette à Paris, au prix unitaire de 118,70 € TTC, étaient saisies ; qu'il résulte encore du rapport du Centre d'expertises des Logiciels CELOG du 15 février 2011 produit par l'appelant qu'à cette date, la photographie litigieuse était encore utilisée pour la promotion des 'Light box' sur le site internet français de la société Orlane, mais aussi sur son site internet japonais ; qu'il est toutefois justifié par un procès-verbal de constat d'huissier dressé le 21 mars 2011 à la requête de la société Orlane qu'à cette date, cette utilisation avait cessé ; que si les autres pièces versées aux débats produites par M. Elle démontrent que les produits 'Light Box' étaient encore en vente dans différentes parfumeries parisiennes et sur divers sites internet en France et à l'étranger postérieurement à cette date, il n'est pas établi que ces produits - dont la société Orlane déclare qu'ils sont entrés dans le commerce antérieurement à la saisie - étaient encore sous sa maîtrise ;

Que l'utilisation de la photographie de M. Elle sans son autorisation sur un support non prévu au devis, dans au moins un pays (le Japon) également non prévu au devis et pendant 1 an et 4 mois après le délai défini, constituent des actes de contrefaçon qui ont porté atteinte tant aux droits patrimoniaux de M. Elle, privé de la rémunération à laquelle il aurait pu légitimement prétendre (préjudice économique) et de toute maîtrise sur l'utilisation de son oeuvre (préjudice moral) qu'à son droit moral d'auteur, et spécialement à son droit de paternité, en l'absence de mention de son nom, n'étant pas établi que l'absence de signature de l'oeuvre n'est pas obligatoire lorsque celle-ci est utilisée à des fins publicitaires ;

Considérant que les sociétés intimées produisent le devis passé entre elles le 28 janvier 2008 pour la réalisation de la photographie 'Fast & Luminous' (devenue 'Light Box'), prévoyant la cession de droits pour les utilisations suivantes :

*'Territoire : Monde (démarrage des utilisations décalé selon les pays) pour une durée d'un an.*

*Support : PLV, Edition, Presse Professionnelle & féminine, Internet'* ; que seul le territoire, avec la précision d'un démarrage des utilisations décalé, diffère du devis convenu avec le photographe ; que la société Opos fait justement valoir que sa responsabilité ne saurait dès lors être engagée avec celle de la société Orlane pour l'utilisation de la photographie sur les conditionnements des produits ; qu'en revanche, elle a commis une faute en cédant des droits plus larges au niveau du territoire et du délai d'utilisation ; que cette faute a concouru au préjudice de M. Elle dans une proportion que la cour évalue à 30% ; qu'en conséquence, la condamnation in solidum de cette société avec la société Orlane sera limitée à hauteur de ce pourcentage ;

- sur les mesures de réparation :

Considérant que M. Elle sollicite une somme de 100 000 € en réparation de son préjudice subi au titre de ses droits patrimoniaux (préjudice économique), une somme de 150 000 € en réparation de son préjudice au titre de son droit moral (préjudice moral lié à l'atteinte à ses droits patrimoniaux) et 50 000 € au titre de sa perte de notoriété (atteinte au droit au nom), ainsi que des mesures d'interdiction sous astreinte et de publication ;

Considérant qu'aux termes de l'article L331-1-3, alinéa 1er, du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi du 11 mars 2014, applicable au litige, *'Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :*

*1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;*

*2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;*

*3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.'* ;

Considérant que pour justifier du niveau habituel de sa rémunération, M. Elle produit un devis Garnier la fixant à 20 000 € pour la cession des droits d'exploitation sur tous support et dans le monde entier pour une durée d'un an ; que cette indication doit néanmoins être nuancée, les tarifs des photographes différant selon le type de client et l'ancienneté de la relation avec le photographe, comme il l'admet lui-même ; qu'il convient donc de se référer également à la base de 1000 € prévue au devis du 11 février 2008, pour des supports essentiellement publicitaires pour une zone géographique certes délimitée, mais étendue (67 pays), d'une même durée, s'agissant d'une première commande de la société Orlane ;

Que la société Orlane n'a communiqué aucune information sur les chiffres d'affaire réalisés avec la vente des produits 'Light-box' ; qu'il y a lieu de se référer aux éléments d'information obtenus à l'occasion de la saisie-contrefaçon ;

Qu'en l'état de l'ensemble de ces éléments d'appréciation, la cour estime que le préjudice subi du fait de l'atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur sera justement réparé par l'allocation d'une somme de 15 000 € au titre du préjudice économique et de 5 000 € au titre du préjudice moral, et que l'atteinte à son droit moral d'auteur sera entièrement indemnisé par l'octroi d'une somme de 5 000 € ;

Qu'il convient donc de condamner in solidum la société Orlane et, à hauteur de 30 %, la société Opos, à lui payer la somme totale de 25 000 € en réparation des préjudices subis du fait des actes de contrefaçon ;

Considérant qu'il convient également de faire interdiction à la société Orlane d'utiliser ou d'exploiter sous quelque forme que ce soit l'oeuvre de M. Elle, sous astreinte de 100 € par infraction constatée ; qu'il n'y a pas lieu, au regard des circonstances de la cause, d'ordonner de mesure de publication ;

Considérant que l'infirmité du jugement ordonnée implique l'infirmité de ses dispositions au titre des frais irrépétibles et des dépens ; qu'il sera de nouveau statué de ces chefs dans les termes prévus au dispositif du présent arrêt ;

### **PAR CES MOTIFS**

Infirme le jugement en toutes ses dispositions,

Statuant à nouveau,

Dit que la photographie revendiquée par M. Elle, à savoir celle réalisée sur commande de la société Opos pour la société Orlane, est éligible à la protection instaurée par le Livre I du code de la propriété intellectuelle,

Dit qu'en utilisant cette photographie sur un support, un territoire et une durée non autorisés par son auteur, la société Orlane a porté atteinte aux droits patrimoniaux et moraux d'auteur de M. Elle,

Dit que la société Opos a commis une faute ayant concouru à la réalisation du dommage subi par M. Elle à hauteur de 30 % ;

Condamne en conséquence in solidum la société Orlane et, à hauteur de 30 %, la société Opos, à payer à M. Elle la somme totale de 25 000 € en réparation des préjudices subis au titre de la contrefaçon,

Fait interdiction à la société Orlane d'utiliser ou d'exploiter sous quelque forme que ce soit l'oeuvre de M. Elle, sous astreinte de 100 € par infraction constatée,

Rejette toutes autres demandes,

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes des sociétés Orlane et Opos et les condamne in solidum à payer à M. Elle la somme de 6 000 € ;

Condamne in solidum les sociétés Orlane et Opos aux dépens,

Accorde à Maître Emmanuel Asmar le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE PRÉSIDENT LE GREFFIER