# LA PROTECTION D'UNE PERFORMANCE DE TAUROMACHIE PAR LE DROIT D'AUTEUR : UNE ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE ESPAGNOLE SUR L'OBJET DE LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR.

**PILAR CÁMARA ÁGUILA**
Maîtresse de conférences en droit civil
Directrice du Centre de recherche sur la propriété intellectuelle
(CIPI – Centro de Investigación en Propiedad Intelectual)
Université autonome de Madrid

## I. INTRODUCTION

Depuis l'adoption de la Loi 22/1987 du 11 novembre 1987 en matière de Propriété Intellectuelle, la jurisprudence espagnole a interprété de manière changeante les critères nécessaires pour accorder la protection du droit d'auteur. L'objectif de cet article est de montrer quelle a été cette évolution, en se concentrant sur le dernier arrêt du Tribunal suprême espagnol en la matière, dans l'affaire dite de la « performance de tauromachie » (arrêt du

16 février 2021). La norme qui régit l'objet de la protection du droit d'auteur en droit espagnol est l'article 10 de la version harmonisée de la Loi sur la Propriété Intellectuelle, approuvé par le Décret-Loi royal 1/1996 du 12 avril 1996 (ci-après « LPI »), sous le titre « œuvres et titres originaux ». Son contenu est resté inchangé depuis l'adoption de la Loi sur la propriété intellectuelle de 1987. Selon son premier paragraphe, « [l]'objet de la propriété intellectuelle est formé par toutes les créations originales littéraires, artistiques ou scientifiques exprimées à l'aide de tout moyen ou support, tangible ou intangible, actuellement connu ou qui sera inventé à l'avenir […] ». Le législateur liste ensuite, de manière non exhaustive, des exemples de types de créations susceptibles d'être protégées. Le deuxième paragraphe de l'article 2 se contente d'indiquer que « [l]e titre d'une œuvre, lorsqu'il est original, est protégé comme partie de cette œuvre ». Comme on peut le constater, les critères pour qu'il y ait protection du droit d'auteur reposent sur deux éléments : il doit y avoir une création, et cette création doit être originale. L'expression de la création ne nécessite en aucun cas un support particulier. Conformément à la tradition européenne continentale du droit d'auteur dans laquelle s'inscrit le droit espagnol, la LPI écarte l'option prévue à l'article 2.2 de la Convention de Berne, en vertu de laquelle « [e]st toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel. » Il est intéressant de noter que cette disposition de la Convention de Berne fait référence aux œuvres chorégraphiques et aux pantomimes, afin de faciliter la preuve de leur existence[1].

1. Voir les observations de M. Ficsor dans le *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, Genève, 2003, p. 28. Dans le même sens, V. I. Garrote, « Comentario al art. 2.2. del Convenio de Berna » *in* R. Bercovitz (dir.), *Comentarios al*

Il apparaît pertinent, notamment en vue de la réflexion qui sera menée ultérieurement à propos de la tauromachie, de commenter brièvement l'évolution de cette option. Lorsque la révision de Berlin de 1908 a inclus les œuvres chorégraphiques et les pantomimes dans la liste non exhaustive des œuvres littéraires et artistiques possibles, la condition a été ajoutée que leur représentation devait être fixée « par écrit ou par tout autre moyen ». Par la suite, lors de la conférence de Stockholm en 1967, la nécessité de supprimer cette exigence de l'article 2, paragraphe 1, a été soulevée, car on a compris qu'il n'était pas logique d'exiger la fixation pour certaines œuvres et pas pour d'autres. Une fois l'exigence du premier alinéa supprimée, il a été ajouté, au deuxième alinéa, qu'« [e]st toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel ». Cette mesure visait à satisfaire des pays comme les États-Unis, dont la législation disposait d'une telle exigence.

Sur le papier, le législateur espagnol formule de manière adéquate la formule qui permet de déclencher la protection du droit d'auteur : une création, exprimée par tout moyen ou support, matériel ou immatériel, actuellement connue ou à venir, et qui est originale.

Partant, le problème qui s'est posé dans la jurisprudence espagnole, et sur lequel la doctrine s'est particulièrement penchée, est celui de la détermination du caractère original. La discussion doctrinale sur la forme d'expression de

*Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, ed. Tecnos, 2013, p. 137 et s.

l'œuvre a été beaucoup plus limitée, se limitant presque exclusivement au problème de la protection des parfums par le droit d'auteur. Cependant ce cas, contrairement à ce qui a pu se passer dans les pays voisins, n'a pas atteint les prétoires. La doctrine s'est alors appuyée sur le droit comparé et les jurisprudences étrangères pour s'interroger sur cette question[2]. Aussi, il est donc possible d'affirmer qu'en droit espagnol, la notion d'œuvre n'a pas été particulièrement controversée, du moins dans le cadre du contentieux judiciaire.

Curieusement, le premier arrêt du Tribunal suprême espagnol en matière de protection du droit d'auteur, rendu après l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Levola*, aborde le litige sous l'angle de la notion d'œuvre, et non sous celui de l'absence d'originalité. Il s'agit en l'occurrence de l'arrêt précité du 16 février 2021 (l'affaire de la tauromachie) qui fera l'objet de nos prochains développements.

## II. UNE PERFORMANCE DE TAUROMACHIE PEUT-ELLE ÊTRE PROTÉGÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR ? : L'ARRÊT DU TRIBUNAL SUPRÊME ESPAGNOL DU 16 FÉVRIER 2021

La problématique résolue par l'arrêt du Tribunal suprême du 16 février 2021 n'est pas nouvelle. Il s'agit de déterminer si la prestation d'un torero au cours d'une corrida est protégeable par le droit d'auteur. Le torero

2. V. S. Balañá, « La perfumería toma posiciones en torno al derecho de autor : ¿Fumus boni iruis ? », *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 19, p. 37 et s. ; le même, « La protección del perfume por el derecho de autor. Comentario a la sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 25 de enero de 2006 en el caso L'Oreal c. Bellure », *Revista de Propiedad Intelectual,* nº 22, p. 107 et s.

qui est le requérant dans ce procès n'est pas le premier à tenter d'inscrire sa performance au Registre de la Propriété. Il n'est pas non plus le premier à recevoir une réponse négative de la part du chargé des enregistrements. Or, en l'espèce, le torero (Miguel Ángel Perera), ne s'est pas satisfait de ce refus. Dans cette affaire, la particularité est que l'avocat du plaignant, Hugo de Patrocinio, était également torero, et qu'il a publié en 2014 une monographie intitulée *Tauromaquia y propiedad intelectual*[3] (*Tauromachie et propriété intellectuelle*). Cette action en justice n'a donc pas été une surprise pour les juristes espagnols. Le torero Miguel Ángel Perera, a présenté au Registre de la Propriété intellectuelle d'Estrémadure une demande d'enregistrement de l'œuvre intitulée « « *Faena* des deux oreilles et demande de remise de la queue du taureau » né en février 2010, élevage « Garcigrande », *feria* de San Juan de Badajoz, du 22 juin 2014 ». Le contenu du travail est exprimé comme suit : « main gauche au naturel, changement de main dans le dos et passe à droite. Le taureau sort en liberté et le torero se dirige vers lui en passant par-dessus avec sa main droite ». Un enregistrement audio-visuel ainsi qu'un livre descriptif ont été joints à la demande d'enregistrement. En janvier 2015, le chargé des enregistrements a refusé celui-ci, au motif qu'il ne répondait pas aux exigences de la loi, car il ne s'agissait pas d'une création originale. L'objet du litige vise à démontrer que, contrairement à la décision du chargé des enregistrements, l'œuvre précitée est bien une création originale issue de l'intellect humain. Le Tribunal de commerce n° 1 de Badajoz, dans son arrêt du 10 avril 2017, conclut dans son 2e considérant que l'œuvre, objet de l'enregistrement, ne présente pas le caractère d'une création humaine originale et n'est pas susceptible d'être enregistrée en vertu de la législation

3. Éd. Reus, 2014, 192 pages.

actuelle. À cet égard, le tribunal fait valoir que « dans la *faena* décrite, il n'y a pas de mouvements ou de passes nouveaux ou irréalisables par un autre, si ce n'est une manière particulière d'exécuter un répertoire de passes bien établies et réglementées qui font partie de la technique de la tauromachie ». Et il poursuit en précisant qu'« il n'y a pas d'œuvre ou de création, mais plutôt l'exécution de certaines passes prédéterminées, avec un style particulier, propre au torero, mais sans pertinence suffisante pour apprécier une créativité, une singularité, une inventivité et une hauteur créative suffisante, notamment compte tenu du fait que la *faena* et la *lidia* sont réglementées, le torero ne disposant pas d'une liberté et d'une marge créative suffisantes, et que le temps, l'habillement, la forme, les phases, le positionnement des exécutants, l'ordre chronologique, etc. sont déterminés, et leur violation pouvant être sanctionnée par le président ». Le tribunal invoque l'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2011 – affaire C-403/08 *Football Association Premier League*, en comparant le litige aux matchs de football, qui sont également délimités par des règles qui ne laissent aucune place à la liberté de création. L'arrêt se place jusqu'alors sur le terrain du caractère de l'originalité de l'œuvre qui fait défaut, en se basant principalement sur la jurisprudence antérieure du Tribunal suprême, ainsi que sur la doctrine établie en la matière. Comme nous le verrons plus en amont, cette jurisprudence, constante depuis 2004, exige que les œuvres présentent une nouveauté objective et une hauteur créative suffisante en tant que créations intellectuelles.[4] Parmi les arrêts rendus par la CJUE en relation avec la notion d'originalité, le Tribunal de commerce ne mentionne que l'arrêt précité concernant la *Premier League*, à cause du parallélisme qui peut être

4. Voir *infra* III « L'évolution de la jurisprudence espagnole par rapport à l'objet de la protection du droit d'auteur. »

établi entre l'exercice de deux activités réglementées, telles que le football et la tauromachie. Il ne se demande pas, ni ne soulève, dans quelle mesure la hauteur créative, qui est une question centrale pour le juge lorsqu'il décide de l'existence, ou non, de l'originalité, contredit la jurisprudence de la CJUE, dans la mesure où cette dernière ne fait pas mention d'une telle exigence lorsqu'elle définit la notion d'originalité. Le tribunal aurait également dû analyser, grâce à l'enregistrement, au livre audiovisuel et descriptif fournis, s'il existait une passe, un groupe de passes ou toute autre manifestation corporelle du torero, à partir de laquelle l'existence d'une originalité pouvait être déterminée. Le tribunal a évalué le manque d'originalité sur la base de la déclaration d'enregistrement décrite comme « main gauche dans un mouvement naturel, changement de main derrière le dos sans bouger. Puis il enchaîne une passe qui est changée à l'arrière et donne une passe sur la droite. Le taureau sort en liberté et le torero se dirige vers lui en faisant une passe par-dessus avec sa main droite ». Le manque d'originalité de ces passes est évident – il n'y a pas de décisions libres et créatives dans ces mouvements du torero, si l'on applique les critères de la CJUE. Et il est très probable que l'on puisse en dire autant de l'ensemble de la performance contenu dans l'enregistrement audiovisuel et le livre explicatif. Mais le tribunal ne le mentionne pas. C'est une question sur laquelle, comme nous le verrons, le Tribunal suprême revient.

Ensuite, et ce point aura une importance lors de la résolution du litige en cassation, le tribunal se réfère à certains rapports d'expertise fournis par le requérant pour prouver l'originalité. Ainsi, dans le rapport d'expertise émis par un anthropologue, l'accent est mis sur le fait que, bien que la tauromachie conserve certains canons établis au XXe siècle, « chaque torero les exécute en

fonction de sa propre personnalité et des conditions particulières de l'animal auquel il est confronté, mais qui est son complément et son collaborateur nécessaire pour exécuter l'œuvre d'art qu'il propose et qui est la *faena* ». De ces déclarations, le Tribunal en tire les conclusions suivantes : tout d'abord, que nous n'avons pas affaire à une œuvre, puisque le témoin expert parle de l'exécution du torero ; deuxièmement, elle n'est pas originale, car elle se base sur des canons, des lances et des *suertes* antérieurement établis, dans lesquels le torero imprime sa personnalité ; troisièmement, elle n'est pas une création humaine, du moins pas exclusivement, car l'animal intervient dans une large mesure, le résultat dépendant des caractéristiques et des conditions de l'animal, et enfin, elle ne provient pas exclusivement de l'ingéniosité humaine, mais surtout, et fondamentalement, de l'habileté du torero. Pour en finir avec son analyse des expertises, le tribunal termine par l'argumentation selon laquelle « la tauromachie, et en particulier la *faena*, fait partie du patrimoine culturel espagnol, d'un patrimoine commun, avec des origines remontant au XIIe siècle », et que par conséquent, en se conformant à la doctrine de notre plus haute juridiction, « l'originalité doit être d'une pertinence minimale car on ne accorder des droits exclusifs à des créations qui font partie du patrimoine culturel commun de la société ». Dans le même ordre d'idées, le tribunal a exclu la comparaison faite avec le *flamenco*, déclarant qu'« il n'y a aucune similitude, sauf dans l'origine populaire, étant donné que le *flamenco* est une création humaine originale, tant dans les paroles que dans la musique ».

En définitive, et en dehors de l'analyse des rapports d'expertise, le tribunal accepte l'argument de la partie défenderesse sur l'exercice (non) possible des droits moraux dans ce cas : le torero ne peut pas modifier sa performance, il

ne peut pas accéder à l'exemplaire unique ou rare de celui-ci, ni décider si et sous quelle forme il doit être divulgué, ni le retirer du commerce en raison d'un changement de ses convictions, etc.

Revenons sur les arguments utilisés par le tribunal pour rejeter la demande. Tout d'abord, il est surprenant que le tribunal parvienne à la conclusion que nous ne sommes pas en présence d'une œuvre, et que le fait qu'un animal soit impliqué affecte également sa qualification en tant qu'œuvre ou création, puisqu'il ne s'agit pas d'une création exclusivement humaine. Nous reviendrons par ailleurs sur cette notion d'œuvre telle que perçue dans l'arrêt du Tribunal suprême. Cependant, il convient de préciser que lorsque le tribunal a statué, la CJUE n'avait pas encore défini le concept autonome d'œuvre, ce qu'elle fera dans son célèbre arrêt du 13 novembre 2018 – affaire C-310/17 *Levola*. La présence d'un facteur extérieur autre que la personne physique, comme dans le cas présent un animal, ne préjuge pas que le résultat puisse être qualifié d'œuvre, et encore moins que l'œuvre puisse être originale. Sur ce point, nous pouvons faire le parallèle avec l'exemple des spectacles de cirque basés sur la présence d'animaux, dans lesquels il y a toujours un certain degré d'improvisation, dans la mesure où l'animal, qui n'est pas un être rationnel, peut effectuer des mouvements qui échappent au contrôle du dompteur. La portée des droits moraux dans ce cas n'est pas non plus concluante. En effet, dans le cas d'une création improvisée, non fixée sur un support ou un média, des problèmes peuvent se poser dans l'exercice de certains droits moraux positifs, notamment ceux impliquant de prendre des décisions concernant la création. Il s'agit en l'occurrence d'une référence à la modification et au retrait de l'œuvre de la commercialisation, ainsi qu'au

droit d'accès à l'exemplaire unique ou rare (respectivement aux paragraphes 5, 6 et 7 de l'art. 14 LPI). Le droit de divulgation (art. 14.1 LPI), quant à lui, si l'improvisation a été faite devant le public, est exercé par la volonté de l'auteur. Dans tous les cas restent le droit à la paternité, ainsi que le droit à l'intégrité (respectivement art. 14.3 et 4 de la LPI). Selon nous, le problème de la protection de la tauromachie réside dans son manque d'originalité. En effet, une corrida doit respecter des règles préalablement établies. L'habileté du torero à exécuter ces règles prime, sans laisser de marge de manœuvre aux décisions libres et créatives, conformément à la définition du caractère original par la CJUE. On ne va pas à une corrida pour trouver de l'originalité, mais plutôt une bonne exécution de mouvements et de passes préétablis, si le taureau le permet et si le torero a la capacité de le réaliser. Il est surprenant, à cet égard, que le tribunal fasse référence à la nécessité d'une « hauteur créative ». Il s'agit à cet égard d'une constante dans la jurisprudence espagnole, bien que depuis l'arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009 (affaire C-5/08), la CJUE ait défini l'originalité comme la création propre de l'auteur. De plus, dans ses arrêts ultérieurs en la matière, elle n'a en aucun cas introduit la nécessité d'une hauteur créative dans cette marge de liberté ou d'expression personnelle de l'auteur, pour conclure qu'il existe une originalité[5]. Nous reviendrons sur ce point lors de notre analyse de l'évolution de la jurisprudence espagnole par rapport au concept d'originalité.

5. À cet égard, V. P. Cámara, « Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del derecho de autor : el concepto de obra y el concepto de originalidad », *in* I. Garrote, P. Cámara (dir.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la UE*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 47 et s.

Suite à cet arrêt du tribunal de commerce, la deuxième section de l'Audience provinciale de Badajoz a rejeté le 22 janvier 2018 (AC 2018/114) le recours en appel présenté par le torero. Au 7e considérant de son arrêt figure une affirmation, qui fera ensuite l'objet d'un des motifs de cassation, comme nous le verrons plus loin, et qui sera traité ultérieurement par le Tribunal suprême dans son arrêt. Le Tribunal provincial y affirme littéralement que « le requérant, devenu l'appelant, n'a pas inclus le spectacle de tauromachie dans l'une des sections spécifiquement énumérées, entre autres, à l'art. 10 LPI. Il a utilisé l'expression « autres œuvres » pour désigner sa corrida comme une création artistique ». Il n'était certainement pas nécessaire pour le requérant de faire correspondre le type d'œuvre à enregistrer à l'une des spécifications de l'art. 10.1 LPI, la liste étant simplement indicative. Le point déterminant reste l'originalité de la création, au-delà du fait que si la performance devait être incluse dans l'une des catégories d'œuvres énumérées à l'article 10 de la LPI, ce serait dans la section c), dans laquelle sont envisagées les œuvres dites scéniques, c'est-à-dire celles créées pour leur représentation devant un public[6]. Par la suite, dans son 8e considérant, le Tribunal provincial indique qu'« il n'est pas nécessaire d'indiquer, sans qu'il soit besoin de preuve d'expert à cet égard, que dans toute manifestation de tauromachie, le torero est libre d'effectuer les mouvements et passes qu'il juge appropriés dans le cadre des limitations existantes en la matière. Bien souvent et selon les circonstances, il improvisera ceux qu'il jugera opportuns afin de le faire le mieux possible dans le cadre des canons qui régissent la matière. Dans cette activité, qui est physique, même lorsqu'une certaine esthétique est recherchée, les possibilités sont nombreuses.

6. L'article 10.1.c de la LPI fait référence aux « œuvres dramatiques et dramatico-musicales, [aux] chorégraphies, [aux] pantomimes et, en général, [aux] œuvres théâtrales. »

Il n'est pas possible de décrire une performance spécifique de manière à ce qu'il ne puisse être exécuté par aucun autre torero. La description d'une corrida, aussi précise et détaillée est-elle, créera toujours d'inévitables difficultés de confusion avec d'autres corridas très similaires. Il ne sera jamais possible de dire si deux performances de deux toreros différents sont identiques ou simplement similaires. Il n'est pas non plus possible de restreindre la liberté d'un torero de faire ce qu'il veut, de peur que cela ne soit déjà enregistré et qu'il doive faire face à une demande d'indemnisation. Dans un moment aussi dramatique que la corrida, il n'est pas possible de se demander si ce qui va être fait est protégé ou non par la propriété intellectuelle d'un autre. Et enfin, il n'est pas possible que chacun des toreros puisse enregistrer autant de corridas qu'il le souhaite, car cela reviendrait à mettre fin à d'autres performances de tauromachie. »

L'argumentation ne pourrait être plus pragmatique, mais également plus dépourvue de support juridique. Pas une seule référence à l'absence d'originalité de l'ensemble de la performance de tauromachie, l'originalité étant pourtant un concept juridique autonome défini par la CJUE et explicitement mentionné à l'article 10 de la LPI. De même, le Tribunal ne cherche pas à discerner s'il pouvait y avoir un quelconque mouvement du torero qui, isolé de l'ensemble de la performance, pourrait être qualifié d'original. Il est vrai, et le 6e considérant le rappelle, que les arguments avancés en première instance sont d'une « longueur inutile qui les rend extrêmement difficiles à comprendre et ont souvent une nature extra-juridique ». Mais le Tribunal provincial pousse également ce trait à l'extrême, à tel point que l'un des motifs de cassation était le manque de motivation de l'arrêt du Tribunal provincial, lequel n'a pas été

accueilli positivement par le Tribunal suprême, qui en a conclu que l'arrêt était suffisamment motivé et conforme aux exigences constitutionnelles.

Ce qui nous amène à l'analyse de l'arrêt rendu par le Tribunal suprême et à la manière dont il résout le fond de l'affaire. Les motifs sur lesquels se fonde le recours du requérant sont de deux ordres. Il invoque d'abord la violation de l'article 10 de la LPI, en soulignant que la liste des œuvres qu'il contient est un *numerus apertus*, de sorte qu'il n'est pas exigé que l'œuvre de performance de tauromachie soit expressément listée pour entraîner son éventuelle protection, et que la question du débat n'est pas d'évaluer l'originalité de la tauromachie ou de la corrida ou des lances individualisées insérées dans chaque *faena*, mais de la performance de tauromachie elle-même en tant qu'œuvre artistique de chaque torero. Le requérant fait valoir à ce propos que « tout torero peut utiliser les *suertes*, les mouvements, les passes, la technique taurine, qui peuvent être à la portée de tout matador et font partie du patrimoine commun général, mais la forme, la sélection, l'ordre, le placement, l'expression corporelle, le rythme, etc., et chaque épée choisie pour créer et exécuter sa *faena* à chaque moment est fonction de sa personnalité et de son inspiration et de la condition de chaque taureau, ce qui donne l'originalité à cette œuvre. Il en va de même pour les compositeurs de musique : la portée, les notes, les clés, le rythme, l'harmonie […] font-ils partie du patrimoine commun ou non ? Évidemment oui, mais cela ne constitue pas un obstacle à la manière dont toutes ces ressources sont utilisées par un compositeur en vue de lui accorder la protection du droit d'auteur […]. De la même manière, il appartient au Tribunal de décider et de déterminer la doctrine en matière d'œuvre de tauromachie, fixée sur un support audiovisuel. Il lui revient de

déterminer si cette œuvre répond aux exigences de l'article 10 de la LPI et quels critères d'originalité doivent être pris en compte par la jurisprudence, et par conséquent, si l'auteur de cette œuvre mérite de jouir des droits de la propriété intellectuelle ».

Le Tribunal suprême rejette les motifs sur lesquels se fonde le recours : à savoir que la performance de tauromachie est une œuvre comprise dans l'article 10 et qu'il présente le caractère original requis par la loi. En premier lieu, le Tribunal suprême affirme, comme nous l'avons souligné plus haut, que la liste de l'article 10 n'est pas exhaustive, de sorte que l'argument à examiner reste celui qui revient à déterminer si c'est une œuvre qui fait l'objet de la propriété intellectuelle. À cette fin, le Tribunal utilise – pour le remettre en cause – l'argument sur lequel s'est fondé le juge de première instance, en comparant cette affaire à l'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2011 dans l'affaire *Football Association Premier League* : les événements sportifs sont déterminés par des règles du jeu qui ne laissent aucune place à la liberté de création. Cependant, selon le Tribunal, le parallèle entre les matchs de football et la performance de tauromachie ne peut être établi ici. Et c'est là, à notre avis, que la juridiction suprême sème la confusion, car si le juge de première instance avait eu raison d'appliquer le concept d'originalité que la CJUE a réappliqué dans l'affaire *Football Association Premier League*, en concluant que dans un match de football, spectacle dans lequel le respect des règles préétablies et la technicité des joueurs devant le public sont primordiaux, il n'y a alors pas de création propre de l'auteur. Le parallèle est évident. Il n'est en aucun cas altéré par la dimension culturelle que possède la tauromachie, établie par la Loi 18/2013 du 12 novembre de réglementation de la tauromachie et la définissant comme

patrimoine culturel, par ailleurs reconnu par le Tribunal constitutionnel dans sa décision 177/2016 (RTC 2016, 177). Le préambule de la Loi 18/2013 stipule que « la tauromachie fait partie du patrimoine historique et culturel commun de tous les Espagnols, en tant qu'activité enracinée dans notre histoire et dans notre patrimoine culturel commun, comme le démontrent les actes d'Alphonse X le Sage, qui déjà au XIIIe siècle envisageait et réglementait cette question. Les fêtes ou spectacles taurins comprennent non seulement les corridas, mais aussi un grand nombre de traditions et de festivités populaires liées au monde de la tauromachie, qui constituent à leur tour ce que nous entendons aujourd'hui par « tauromachie ». Tout ceci est un signe d'identité collective, ce qui justifie que sa préservation corresponde et relève de la responsabilité de tous les pouvoirs publics. Le caractère culturel de la tauromachie est indiscutable et mérite d'être préservé comme un trésor de notre pays, riche de différentes cultures. Cette manifestation culturelle spécifique a même été exportée dans d'autres pays qui la développent, la promeuvent et la protègent. La tauromachie est une manifestation artistique […] qui fait partie de la culture traditionnelle et populaire, en tant qu'ensemble de manifestations passées et présentes, de connaissances, d'activités et de croyances de la mémoire collective, étant l'un des points de référence à partir desquels s'articulent les initiatives de la société dans un contexte qui façonne sa propre identité nationale, enracinée dans une pluralité de formes d'expression populaire ». À son tour, l'article 1 établit que « [a]ux fins de la présente loi, on entend par tauromachie l'ensemble des connaissances et des activités artistiques, créatives et productives, y compris l'élevage et la sélection du taureau de combat, qui convergent vers la corrida moderne et l'art taurin, expression significative de la culture traditionnelle du peuple espagnol. Par extension, le concept de

tauromachie est compris comme incluant toutes les manifestations artistiques et culturelles liées à la tauromachie ».

L'article 5.1, quant à lui, précise que cette loi est fondée sur les articles 46 et 44, 149.1 (règles 1a et 28a), et 149.2 de la Constitution espagnole[7]. La loi sur la propriété intellectuelle trouve quant à elle son fondement à l'article 33 de la Constitution espagnole, qui régit le droit de propriété, et à l'article 149.1.9, qui attribue à l'État la compétence exclusive dans le domaine de la propriété intellectuelle.

La tauromachie est une activité culturelle, mais la culture ne s'épuise pas dans l'objet de la protection du droit d'auteur. Il existe des expressions culturelles, qui ne sont pas dans le domaine public, ou ne remplissent pas les conditions d'application du droit de la propriété intellectuelle, car elles appartiennent à des traditions ancestrales souvent liées à un peuple. En conséquence, elles ne bénéficient pas des droits de la propriété intellectuelle, car elles ne correspondent pas à la création par une personne ou par un groupe de personnes d'une œuvre originale. Par exemple, les fêtes et traditions populaires, comme celles des Maures et des Chrétiens, qui se déroulent avec une mise en scène spécifique, réalisée par des festivaliers, que nous ne pourrions qualifiés d'artistes, simplement parce qu'ils participent

7. En vertu de l'article 46 « Les pouvoirs publics garantiront la conservation et encourageront l'enrichissement du patrimoine historique, culturel et artistique des peuples d'Espagne et des biens qui le composent […] ». À son tour, l'article 44 de la Constitution établit que « Les pouvoirs publics encourageront et protégeront l'accès à la culture, à laquelle tous ont droit. » Par ailleurs, en termes de répartition des pouvoirs, l'art. 149.1.28, attribue à l'État « la protection du patrimoine culturel, artistique et monumental espagnol […] sans faire obstacle à leur gestion par les Communautés autonomes. » Et l'article 149.2 énonce que « [l'] 'État considère le service de la culture comme un devoir et un attribut essentiel […] ».

aux festivités. Elles présentent des compositions musicales, des costumes, des chars ; bref, certains des éléments qui composent ces festivités qui pourraient être, et sont en fait, soumis à la protection du droit d'auteur. Mais la fête en elle-même ne bénéficie pas d'une telle protection. Dans le cadre de la jurisprudence espagnole, un exemple significatif en la matière est l'arrêt rendu par le Tribunal de commerce n° 2 de Malaga en date du 14 mai 2012. Le tribunal définit alors en ces termes l'interprétation donnée par des groupes de musiciens d'un type de musique populaire de la région de Malaga, connu sous le nom de « *verdiales* » : « Ces groupes de *Verdiales*, dont les origines se perdent dans la nuit des temps, et qui sont composés de personnes locales qui ont appris cet art de leurs aînés, interprètent exclusivement des œuvres populaires et traditionnelles de compositeurs inconnus, qui ont été modifiées au fil du temps en se transmettant de père en fils. Il s'agit d'œuvres sans arrangements fixes consignés dans une partition. Ce sont des œuvres changeantes par définition. Ainsi, les paroles et la musique ne sont pas la création d'un auteur spécifique avec un nom et un prénom, mais sont le résultat de la contribution de nombreux interprètes inconnus au cours des siècles. En tant que tels, ce sont des œuvres qui appartiennent à tous les citoyens de la province de Malaga et au reste de l'humanité. Ils font partie de leur patrimoine culturel, et aucune institution ne doit se les approprier de quelque manière que ce soit ni chercher à en tirer un bénéfice patrimonial. De même, la Société Générale des Auteurs et Éditeurs d'Espagne ne peut et ne doit pas permettre qu'ils soient enregistrés au nom d'un auteur actuel supposé, ou d'un auteur supposé d'une version, d'une adaptation ou d'un arrangement ; empêchant ainsi quiconque de s'approprier le patrimoine culturel commun des citoyens […] ».

On peut dire la même chose des corridas, qui font partie du patrimoine culturel représenté par la tauromachie en Espagne. Afin de marquer la différence entre le football, en tant que spectacle sportif, et la tauromachie, qui a une dimension artistique et culturelle, le Tribunal suprême considère qu'il est plus approprié de ne pas appliquer directement la doctrine contenue dans l'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2011 (affaire *Premier League*), privilégiant plutôt la doctrine émanant de son arrêt du 12 septembre 2019 à propos de l'affaire *Cofemel* (C-683/17), mieux adaptée à l'espèce. Rappelons brièvement que cette affaire opposait deux entreprises fabricantes de vêtements, *G-Star* et *Cofemel*. La première accusait la seconde d'avoir copié ses modèles (T-shirts, pantalons, etc.). Le litige est né au Portugal, siège de la *Cofemel*. L'entreprise *G-Star*, consciente que ses vêtements étaient soumis à la protection du droit d'auteur, a porté l'affaire devant les tribunaux portugais, en demandant la reconnaissance de la violation des droits correspondants. Le droit portugais, comme le droit espagnol, reconnaît les œuvres d'art appliqué comme une catégorie possible d'œuvres[8].

D'emblée, il est difficile de comprendre pourquoi cet arrêt est plus approprié à la solution de l'espèce : qu'apporte l'arrêt *Cofemel* en termes de notion d'originalité par rapport à l'arrêt *Football Association Premier League* dans le cadre d'une affaire de tauromachie ? Selon nous, la réponse réside dans le fait qu'en 2011, la CJUE ne s'était pas encore prononcée sur la notion d'œuvre, notion qu'elle a alors développée en 2019 dans le cadre de l'affaire *Cofemel*. Cependant dans cette affaire il n'est pas question d'absence d'œuvre,

8. L'article 10.1. e) de la LPI protège « les sculptures, les œuvres de peinture, de dessin, de gravure et de lithographie, les illustrés et les bandes dessinées, ainsi que leurs ébauches ou esquisses et toutes autres œuvres plastiques, *qu'elles soient ou non appliquées.* »

mais de déterminer si celle-ci est originale. La CJUE évoque en l'espèce l'existence d'une œuvre, mais avec une confusion évidente – une fois de plus – avec le concept d'originalité. L'arrêt *Cofemel* a d'ailleurs été critiqué pour cette confusion, dans laquelle la CJUE est tombée à de nombreuses reprises, consacrant à la notion d'œuvre – définie dans l'affaire *Levola* en novembre 2018 – des paragraphes absolument inutiles pour la solution du litige[9]. Le Tribunal suprême tombe dans ce même écueil, mais contrairement à l'affaire *Cofemel*, où la confusion est sans importance, ici elle a des conséquences.

Le Tribunal suprême fait une interprétation erronée de la notion autonome d'œuvre utilisée par la CJUE, en affirmant que la notion d'œuvre constitue une notion autonome du droit de l'UE, qui présuppose la réunion de deux éléments : « il doit y avoir un objet original qui constitue une création intellectuelle propre à son auteur, la considération d'œuvre étant alors réservée aux éléments qui expriment cette création intellectuelle ». Par conséquent, notre Tribunal suprême ne fait pas de distinction, comme la CJUE non plus, entre le concept autonome d'œuvre et le concept autonome d'originalité[10]. L'équation logique pour déterminer si la protection doit finalement être accordée ou non consiste, premièrement, à se demander si l'on a affaire à une œuvre puis, si la réponse est positive, à se demander si l'œuvre est originale

9. *Cf.* J.-M. Bruguière, « Chronique Droit d'auteur et droits voisins », *Propriétés intellectuelles*, Janv. 2020, n.º 74, p. 38.

10. L'Avocat général dans ses conclusions sur l'affaire *Levola*, publiées le 28 juillet 2018, précise, aux points 45 à 47, qu'il ne doit pas y avoir de confusion entre la notion d'œuvre et celle d'originalité, bien qu'il le fasse paradoxalement de manière si confuse que l'argument en faveur de leur différenciation n'est pas suffisamment clair. À cet égard, V. I. Garrote, « La expresión de la obra y su carácter original como requisito de su protección por el derecho de autor », *Diario La Ley. Unión Europea*, nº 68, mars 2019, p. 4 et s. Sur cette confusion dans la jurisprudence française, V. V. L. Benabou, « L'originalité : un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Litec, 2014, p. 25.

ou non. Car si nous n'avons pas affaire à une œuvre, s'interroger sur son originalité n'est d'aucune utilité pour déterminer son régime de protection[11].

Analysons cependant comment le Tribunal suprême applique le concept d'originalité et le concept d'œuvre au cas spécifique de la performance de tauromachie, en lien avec les différents dispositifs de l'arrêt *Cofemel*. En ce qui concerne l'originalité, et conformément aux considérants 30 et 31 de l'arrêt *Cofemel*, qu'il reprend mot pour mot, il précise que pour qu'un objet soit considéré comme original, il doit refléter la personnalité de l'auteur en exprimant des décisions libres et créatives (arrêt du 1er décembre 2011, affaire *Painer*). En revanche, lorsque la réalisation de l'objet a été déterminée par des considérations techniques, des règles ou d'autres exigences qui n'ont laissé aucune place à l'exercice de la liberté créative, l'objet ne peut être considéré comme présentant l'originalité nécessaire (arrêt du 1er mars 2012, *Football dataco*, considérant 39 et jurisprudence qui y est citée).

Le Tribunal suprême aborde ensuite le second élément nécessaire pour déclencher la protection : « l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité ». À cette fin, il applique les considérants 32 à 34 de l'arrêt *Cofemel*. En résumé, la notion d'œuvre : « […] implique nécessairement l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité » ; implique « […] la nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification dudit objet suppose que ce dernier ait été exprimé d'une

11. V. P. Cámara, « Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del derecho de autor : el concepto de obra y el concepto de originalidad », *op.cit.,* p. 48-51.

manière objective » ; nécessite « une identification reposant essentiellement sur les sensations, intrinsèquement subjectives, de la personne qui perçoit l'objet en cause (arrêt du 13 novembre 2018 affaire *Levola*) ». Le Tribunal réitère ensuite le considérant 56 de l'arrêt *Cofemel* qui énonce que : « […] l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une législation nationale confère une protection, au titre du droit d'auteur, à des modèles tels que les modèles de vêtements en cause au principal, au motif que, au-delà de leur objectif utilitaire, ceux-ci génèrent un effet visuel propre et notable du point de vue esthétique. »

En l'appliquant au cas présent, le Tribunal suprême affirme qu'il est nécessaire de préciser ce que le demandeur souhaite faire reconnaître comme œuvre, c'est-à-dire en quoi consisterait la création intellectuelle en l'espèce. Dans ses 6e et 7e considérants il déclare que « [l']'appelant lui-même indique clairement qu'il ne demande pas une telle reconnaissance en ce qui concerne les passes, les lances ou les moyens de dominer le taureau, qu'ils soient déjà connus ou nouveaux ou « inventés », mais en ce qui concerne l'ensemble de la prestation de tauromachie (depuis le moment où le taureau sort des arènes jusqu'à sa mort) […] en tenant compte de la singularité mentionnée ci-dessus, c'est-à-dire le fait que chaque corrida est unique, nécessairement différente des corridas précédentes que le torero a pu faire et de celles qu'il pourrait faire à l'avenir ». Le Tribunal souligne ensuite que l'ensemble de la performance de tauromachie se déroule selon une séquence d'actes qui est, dans une certaine mesure, réglementée. En revanche, « *deux aspects ressortent qui ne sont pas protégés en tant qu'œuvres de propriété intellectuelle : la technique et l'habileté du torero* […]. En outre, la création intellectuelle attribuable au torero, et à

son talent créatif personnel, se trouve dans l'interprétation personnelle du taureau lors de l'exécution de la corrida, dans laquelle, outre la singularité du taureau, l'inspiration et l'état d'esprit du torero auront une grande influence. Cette création doit se traduire par une expression formelle originale, qui dans ce cas pourrait être la séquence de mouvements des passes effectuées par le torero, qui pour être originale doit répondre à des options libres et créatives, ou à une combinaison d'options avec une réflexion esthétique qui projette sa personnalité. Et, dans tous les cas, cette expression formelle originale doit être identifiable avec précision et objectivité. »

Analysons maintenant les motifs sur lesquels le Tribunal a fondé sa décision. Comme l'a dit le juge de première instance, et à l'instar d'une doctrine bien établie, dans la tauromachie, l'habileté et la technique du torero prévalent lors de l'exécution de ladite *lidia*, qui consiste en une série d'actes, de passes séquencées, où il serait nécessaire, pour parler d'originalité, que le torero puisse prendre des décisions libres et créatives. Bien entendu, dans un scénario réglementé, comme la prestation de tauromachie dans son ensemble, sans autre indication sur l'endroit précis où l'on peut trouver ces décisions libres et créatives, on ne peut pas comprendre qu'il y ait originalité du point de vue du droit d'auteur. Le requérant n'identifie aucune passe ou groupe de passes originaux ; en ce sens, évidemment, la conclusion du Tribunal suprême ne peut qu'aboutir à une absence de preuve de l'originalité. Affirmer, comme le fait le requérant, qu'une performance de tauromachie, du début à la fin, est une création originale protégeable, est voué à l'échec. Et ce, malgré le fait qu'elle n'est pas reproductible du début à la fin, par lui-même ou par d'autres « créateurs » de tauromachie, puisqu'il ne peut y avoir deux *faenas* identiques,

du fait de l'intervention du taureau, tout comme il n'y a pas deux matchs de football identiques, du début à la fin.

Cependant en reprenant l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Cofemel*, et en copiant littéralement les considérants où elle fait référence au concept d'œuvre, et en appliquant la doctrine de l'affaire *Levola*, le Tribunal suprême complique inévitablement son argumentation et génère de la confusion.

Revenons-en à la question controversée de la notion d'œuvre. Appliquant la doctrine de la CJUE dans l'affaire *Levola*, réitérée dans l'affaire *Cofemel*, le Tribunal considère que c'est précisément là que se trouve la principale pierre d'achoppement pour que la *lida* soit reconnue comme une œuvre de propriété intellectuelle : « [l]a prétendue création intellectuelle artistique doit être exprimée de manière à pouvoir être identifiée avec suffisamment de précision et d'objectivité, même si cette expression n'est pas nécessairement permanente ». Nous avons déjà évoqué le manque de preuve de l'originalité, mais, en matière d'identification, avec précision et objectivité, qui permettrait d'identifier une création, c'est-à-dire une œuvre, celle-ci ne paraît pas faire défaut. Si les improvisations, les expressions créatives qui ne sont fixées sur aucun support sont protégeables, *si bien entendu elles sont originales*, nous ne pouvons pas comparer la tauromachie avec le parfum ou l'odeur du fromage par exemple. Les mouvements sont visibles, ils sont précisément et objectivement identifiables. En revanche, visibilité et identification ne signifient pas originalité. Contrairement à ce que souligne le Tribunal suprême, le principal obstacle à la protection d'une prestation de tauromachie est l'originalité, et non l'absence d'expression identifiable par tous. Une passe

spécifique ou un groupe de passes spécifiques pourraient être originaux, s'il peut être démontré qu'ils sont le résultat de la liberté créative dont dispose le torero, bien que très limitée. Dans les années 1960, un torero a créé le fameux « saut de la grenouille ». Un mouvement acrobatique, devant le taureau, parfaitement identifiable, et répétable devant le plus grand nombre de taureaux possible et par n'importe quel torero à tout moment de la corrida. Si ce mouvement acrobatique est compris comme le fruit de la liberté créative, il pourrait parfaitement être protégé par le droit d'auteur pour son originalité.

Par ailleurs, le Tribunal suprême relève l'influence de la singularité du taureau, de l'inspiration et de l'état d'esprit du torero dans la performance elle-même. Toutes ces questions ne sont pas pertinentes pour le droit d'auteur. À cet égard, comme nous l'avons souligné, l'improvisation n'empêche pas l'existence d'une œuvre protégeable, si elle donne lieu à une forme expressive originale. Dans un comportement spontané, résultat des circonstances spécifiques dans lesquelles l'auteur se trouve, il peut y avoir un processus créatif conscient à ce moment-là, même s'il n'a pas été préalablement planifié ou anticipé par le torero, qui réalise ses actions au fur et à mesure[12]. L'important, nous insistons, est de savoir si ce résultat est original parce que l'auteur a exercé une activité libre et créatrice au sens de la CJUE.

Le Tribunal suprême poursuit dans son 8e considérant en déclarant qu'« [o]n a tenté d'assimiler le combat d'un taureau à une chorégraphie, qui est actuellement incluse dans la liste des œuvres soumises à la propriété

12. *Cf.* A. Bensamoun, J. Groffe, « Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Notion d'œuvre », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1134, 2019, nº 41.

intellectuelle, à l'article 10.1. c) de la LPI. Mais dans la chorégraphie, il est possible, au moyen d'une notation, d'identifier avec précision et objectivité les mouvements et les formes de la danse dans lesquels consiste la création originale de l'auteur, pour laquelle la protection en tant qu'œuvre de propriété intellectuelle est demandée. Cette identification précise et objective, outre qu'elle facilite sa reproduction ultérieure, permet d'identifier en quoi consiste la création, tant pour les tiers que pour les autorités chargées de la protection des œuvres […]. Ce n'est pas le cas de la prestation d'un torero, dans laquelle, au-delà des passes, lances et *suertes* spécifiques, dont l'exclusivité ne peut être revendiquée, il est très difficile d'identifier objectivement en quoi consiste la création artistique originale […] ». Comme on peut le constater, le Tribunal ne tient pas compte du fait que la nécessité d'une fixation « par écrit ou tout autre moyen », exigée pour les œuvres chorégraphiques et les pantomimes depuis la révision de Berlin de 1908, a ensuite été supprimée lors de la Conférence de Stockholm de 1967, de sorte qu'il appartient à la législation interne de chaque État membre de la Convention de Berne, conformément à son article 2.2, de fixer une telle exigence. Le législateur espagnol ne l'exige pas, de sorte que le problème soulevé par les passes, concernant les difficultés de reproduction ultérieure, est un problème commun à toutes les œuvres qui n'ont pas été fixées sur un support matériel ou immatériel ; un problème que l'article 10.1 de la LPI lui-même admet pleinement.

En ce sens, le problème qui se pose réellement dans le cas d'une performance de tauromachie est, dès le départ, le manque d'originalité, si l'on ne concrétise aucune passe ou groupe de passes spécifiques qui, analysés en eux-mêmes, méritent d'être considérés comme originaux.

En revanche, dans cet arrêt, le Tribunal suprême laisse de côté le critère de la hauteur créative et de la nouveauté objective. Il s'en tient au concept d'originalité de la CJUE. Il faut se féliciter que notre haute juridiction commence à l'appliquer, sans y ajouter expressément d'autres éléments, en dehors du concept autonome défini par la CJUE. Il convient alors de traiter de passer brièvement en revue cette évolution jurisprudentielle.

## III. L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE ESPAGNOLE EN MATIÈRE D'ORIGINALITÉ.

Depuis l'adoption de la Loi sur la propriété intellectuelle de 1987 (actuellement le texte de loi harmonisé sur la propriété intellectuelle et approuvé par le Décret royal législatif 1/1996, du 12 avril), la jurisprudence espagnole a connu une évolution notable, influencée par la doctrine majoritaire espagnole. Le premier arrêt rendu par le Tribunal suprême en application de l'article 10 de la LPI a été l'arrêt du 26 octobre 1992 (RJ 1992-8286), dans la célèbre affaire des bijoux de joaillerie. La célèbre maison de joaillerie « *Carrera y Carrera* » a intenté un procès contre un autre joaillier, « *Hijo de José París* », pour violation de ses droits d'auteur, car ce dernier avait mis sur le marché des bijoux dont il prétendait être l'auteur. Il s'agissait de petites pièces, en forme de parties du corps humain comme les mains ou le visage, sous forme de pendentifs. Dans son 3e considérant, le Tribunal suprême applique à l'espèce les deux conceptions doctrinales de l'originalité : la conception subjective du reflet de la personnalité de l'auteur, conception française, et la thèse de la nouveauté objective, qui en Espagne a été considérée comme la conception objective, ne coïncidant pas exactement avec la conception anglo-saxonne.

En effet, depuis la première édition des *Commentaires sur le droit de la propriété intellectuelle*, publiée en 1989, l'opinion de R. Bercovitz, qui défend le critère de la nouveauté objective pour déterminer quand une création est originale, a eu une influence notable sur la jurisprudence espagnole à cet égard. Le concept objectif du droit d'auteur était le moins exigeant, indiquant que seule une œuvre qui n'avait pas été copiée et qui était le résultat de la compétence, du travail et du jugement de l'auteur méritait une protection (*skill, labour and judgment*)[13]. Le critère de la nouveauté objective, qui exerce une influence majeure sur la doctrine espagnole, vient quant à lui du droit italien, notamment des auteurs classiques en matière de droit d'auteur, Greco et Vercellone : seule une œuvre nouvelle doit être considérée comme originale, une nouveauté qui disparaît lorsqu'il est prouvé qu'il existe une œuvre antérieure substantiellement identique[14]. Il ne s'agit en aucun cas d'exiger la nouveauté dans le sens qui est requis pour qu'une innovation soit protégée : qu'elle ne soit pas comprise dans l'état de la technique (article 6.1 de la Loi espagnole sur les brevets 24/2015, et au niveau international, article 54 de la Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973).

Mais la doctrine espagnole considérait qu'il suffisait non seulement que la création soit objectivement nouvelle, mais qu'il fallait aussi que cette nouveauté objective ait une importance minimale. On retrouve ici le critère de la hauteur créatrice, tiré de la doctrine allemande[15]. Ainsi, ce niveau

13. Pour une étude de l'origine de cette conception, V. E. Rosati, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar, 2013, p. 75 et s.

14. P. Greco, P. Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1974, p. 51.

15. V. par exemple E.Ulmer, *Urheber-und Verlagsrecht*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1980, p. 124.

minimum de nouveauté de l'œuvre sera plus ou moins élevé selon le type d'œuvre en question. Il sera plus faible dans le domaine de l'architecture ou des arts plastiques appliqués, et plus élevé en littérature ou en musique, par exemple. Ainsi, lorsque la marge d'originalité est faible, la hauteur créative minimale sera également faible[16].

L'arrêt précité du Tribunal suprême de 1992 est le seul arrêt de la Haute juridique dans lequel il applique les deux conceptions possibles de l'originalité. Dans ses arrêts ultérieurs, dans lesquels il aborde le problème de l'originalité, il ne recourt pas expressément à l'une de ces conceptions, mais son interprétation, nous permet de déduire son inclinaison vers le critère de la nouveauté. Ceci, dans un premier temps d'ailleurs, en abandonnant toute exigence de hauteur de création. Ainsi, dans l'arrêt du 7 juin 1995 (RJ 1995\4628), qui portait sur l'éventuel plagiat de cahiers d'exercices éducatifs destinés à de jeunes enfants, il énonce dans son 9e considérant que « l'originalité n'est pas grande, ni en matière scientifique […] ni en matière artistique […] ni en matière littéraire […], mais l'ensemble est original en tant que réalisation matérielle complexe composée de plusieurs éléments » et que « l'originalité des cahiers d'exercices du requérant réside précisément dans la structure et l'agencement de ces connaissances ». Par conséquent, il admet que les deux sont des œuvres protégées par le droit d'auteur, bien que la marge d'originalité soit franchement faible, car leur contenu est conditionné par la discipline elle-même. Cependant, il est clair, comme l'a souligné notre doctrine, que plus l'originalité d'une œuvre est grande, plus son auteur pourra se défendre

16. « Comentario al art. 10 LPI », *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4e éd., p. 165.

contre d'autres qui lui ressemblent[17]. On peut citer l'exemple des œuvres dites mineures – dans la terminologie allemande « *Kleine Münze* » (signifiant petite monnaie ou petite pièce). Ces œuvres peuvent être protégées dans tous les cas, pour autant qu'elles atteignent un niveau d'originalité suffisant[18].

Les arrêts ultérieurs rendus par le Tribunal suprême au fil du temps renoncent clairement à cette hauteur créative. Il s'agit des arrêts du 30 janvier 1996 (RJ 1996\540) et du 13 mai 2002 (RJ 2002\6744). Dans le premier cas, il a reconnu comme une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur un dépliant contenant les instructions d'installation de parois de douche. Il énonce ainsi dans son 6e considérant qu': « en réalité, quelle que soit la valeur littéraire de la brochure, définie comme une qualité noble de l'art de l'expression au moyen de mots, ce que la loi protège est la création originale d'une composition de langage écrit, de sorte que dans ce cas cette caractéristique est présente ». Il n'y a pas d'autre discussion sur la question de savoir où se trouve l'originalité – syntaxe, structure du texte, etc. Dans tous les cas, il n'est pas nécessaire d'exiger une quelconque hauteur créative. Dans le second cas, arrêt du 13 mai 2002, le Tribunal suprême reconnaît comme œuvres linguistiques protégées par le droit d'auteur, les annonces d'offres d'emploi publiées dans un journal. Le tribunal (1er considérant) souligne que « […] ces annonces, connues sous le nom d'« offres d'emploi », sont tout simplement une activité créative avec beaucoup d'originalité, qui ne peut être enfermée dans des clauses de style ou des usages typographiques. Il ne faut pas oublier à cet égard qu'une offre d'emploi, avec la charge socio-économique qu'elle

17. *Cf.* R. Bercovitz, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, 9e éd., 2019, p. 57.

18. V. commentaire de cet arrêt par R. Bercovitz, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 39, marginal 1059.

comporte, requiert une activité intellectuelle d'une certaine profondeur pour rendre l'offre attractive, notamment dans le but d'obtenir un succès qui serait en faveur tant du publiant que du futur candidat, ainsi que du support dans lequel l'offre est faite, qui a donc le droit d'être protégé pour son versant créatif ». Encore une fois, le Tribunal suprême, sans aborder la problématique de l'originalité de ces annonces, affirme, sans aucun doute, qu'elles sont toutes soumises à la protection du droit d'auteur : l'effort créatif est en l'espèce justifié, de sorte que toute annonce concernant une offre d'emploi bénéficierait automatiquement de cette protection.

En ce qui concerne la reconnaissance de l'originalité en tant que nouveau objective, le changement de jurisprudence en Espagne exigeant également une hauteur minimale a été opéré par l'arrêt du Tribunal suprême du 24 juin 2004 (RJ 2004\4318). La société *Meeting Ibérica* avait enregistré en son nom le jeu appelé « *Juego promocional de publicaciones* », consistant à numéroter les exemplaires des journaux et magazines qu'elle souhaitait promouvoir, puis à effectuer un tirage au sort afin que le détenteur de l'exemplaire portant le numéro gagnant reçoive un prix (argent, voyages, etc.). Par la suite, un éditeur de magazines a effectué une tombola, également sur la base de celui qui avait l'exemplaire gagnant du magazine. *Meeting Ibérica* a alors considéré que ses droits d'auteur avaient été violés, le jeu de tombola étant protégé par le droit d'auteur. Par son 2e considérant le Tribunal indique alors que « [s]elon une doctrine bien établie, le présupposé primordial pour qu'une création humaine soit considérée comme une œuvre est qu'elle doit être originale, dont l'exigence, dans sa perspective objective, consiste à avoir créé quelque chose de nouveau, qui n'existait pas auparavant ; c'est-à-dire la création

qui apporte et constitue une nouveauté objective par rapport à toute autre création préexistante : une nouvelle création est originale par opposition à toute autre création préexistante, et c'est cette nouveauté objective qui détermine sa reconnaissance en tant qu'œuvre et la protection de la propriété intellectuelle attribuée à son créateur. En tout état de cause, il est exigé que cette originalité ait une importance minimale, ce qui n'apparaît pas dans le cas d'espèce, qui, en l'occurrence, est un nouvel exemple du « jeu de la tombola » […] ».

Dans un arrêt ultérieur, du 5 avril 2011 (RJ 2011\3146), le Tribunal a eu à déterminer si une photographie, base du litige, était une œuvre photographique ou une simple photographie réglementée comme un droit voisin du droit d'auteur défini à l'article 128 de la LPI. Il a alors confirmé que l'originalité requiert un haut niveau de créativité, mais comprend que ce niveau de créativité doit être particulièrement pertinent dans ce cas afin de différencier la protection en tant qu'œuvre ou en tant que simple photographie (2e considérant)[19]. Il est frappant de constater que dans cet arrêt, le premier rendu par le Tribunal suprême espagnol après l'arrêt dans l'affaire *Infopaq*, aucune mention n'est faite de la notion d'originalité définie comme la création propre de l'auteur par la CJUE, et des conséquences que cela peut avoir auprès de son instance[20]. Il est vrai que cet arrêt a été rendu quelques mois avant

19. En la matière, R. Bercovitz considère que la marge de créativité des œuvres photographiques n'est pas large, et par conséquent, pour respecter le critère d'originalité, il suffira de relever un faible niveau de nouveauté ou de hauteur créative. – « Comentario al art. 10 LPI », *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 191.

20. Pour une étude sur la prise en compte de l'arrêt *Infopaq* par la jurisprudence espagnole, V. P. Cámara, « La originalidad de la obra como criterio general de protección del derecho de autor en el derecho comunitario : la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2009, que resuelve el caso *Infopaq* », *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8/2012, BIB 2012/335. Par ailleurs, il convient de noter qu'avant le 5 avril 2011, la CJUE avait également rendu l'arrêt résolvant l'affaire *BSA*, daté du 22 décembre 2010 (C 393/09).

l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Painer* du 1er décembre 2011, concernant l'existence ou non d'une originalité dans un portrait photographique d'un enfant (C-145/100). Les conclusions de l'Avocat général dans cette affaire datent en effet du 12 avril 2011, de sorte que le tribunal ne pouvait pas non plus en tenir compte.

Le premier arrêt du Tribunal suprême appliquant la notion d'originalité telle que définie par la CJUE est celui rendu le 30 octobre 2012 (RJ 2013, p. 2273). La compagnie aérienne *Ryanair* a mis en vente des billets d'avion sur son site web. Une agence de voyages a accédé au site web et, à l'aide d'un outil informatique connu sous le nom de « *screen scraping* », a mis en place ses propres modèles de recherche permettant d'afficher les détails des vols et leurs prix. La question qui se posait alors était de savoir si *Ryanair* détenait un droit d'auteur pour cette base de données. Pour résoudre le litige, le Tribunal suprême se réfère à l'arrêt *Football Dataco Ltd e.a.* (Affaire C-604/10) du 1er mars 2012, en reprenant textuellement les différents considérants de l'arrêt en matière de détermination de la création propre d'un auteur dans le cas d'une base de données ; c'est-à-dire à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs (considérant 38 de la CJUE). En l'espèce, le tribunal a statué par la négative, de sorte qu'il faut considérer qu'il n'a pas été prouvé en instance que la base de données était originale au sens où elle répondait à des « choix libres et créatifs en imprimant une touche personnelle de son auteur ». La nouveauté objective et la hauteur créative sont ainsi oubliées. Cela aurait pu annoncer un revirement clair de jurisprudence du Tribunal, synonyme d'abandon des critères de la nouveauté objective et de la hauteur créative

maintenus depuis 2004. Mais deux arrêts rendus en 2017 nous indiquent que ce n'est pas la voie qu'il a choisi de poursuivre. Dans le premier d'entre eux, rendu le 2 février 2017 (RJ 2017\454), il est confronté au problème de l'originalité d'un catalogue de produits de construction et de bricolage. Les entreprises propriétaires d'un catalogue dénommé *Brico Depot* ont intenté une action contre la société *Bricoman* (appartenant au groupe *Leroy Merlin*), ayant lancé un catalogue contenant le même type de produits, appelé *Bricomart*. Les requérants ont allégué que le défendeur avait plagié leur catalogue. Bien que la demande ait été rejetée en première instance, l'Audience provinciale a admis le plagiat, au motif que le défendeur avait repris des éléments originaux du catalogue des requérants, tels que la structure interne du catalogue, la typographie, les tableaux de calcul, le codage visuel ou les couleurs. Le Tribunal provincial s'est basé sur les articles 10.1a) et 12 de la LPI. Le Tribunal suprême, quant à lui (2e considérant), comprend que, si l'Audience provinciale considère le catalogue comme une base de données, avec application de l'article 12 de la LPI, il convient d'appliquer le critère spécial d'originalité requis dans cette disposition, en vertu duquel, « les bases de données qui, en raison de la sélection ou de la disposition de leur contenu, constituent des créations intellectuelles » sont soumises à la propriété intellectuelle aux termes du Livre I de la loi. Ainsi, l'originalité doit se limiter à la sélection ou à l'arrangement du contenu. Les éléments coïncidents reconnus par le Tribunal provincial ne sont pas suffisants pour bénéficier de la protection de l'article 12 de la LPI, car il s'agit d'éléments esthétiques du catalogue, sans rapport avec la sélection ou la disposition du contenu (utilisation de papier recyclé ; format réduit : impression en quadrichromie ; typographie…). De même, d'autres éléments coïncidents relatifs à la structure interne et au codage visuel (organisation par

sections, structure verticale et horizontale, utilisation de bandes de couleur pour indiquer les sections) ne se réfèrent pas à proprement parler à la sélection des contenus, puisque la sélection des informations est déterminée dans les deux catalogues par les produits proposés, affirmant finalement que « cela pourrait avoir quelque chose à voir avec la disposition des contenus, mais dans ce cas, l'originalité est très faible, voire inexistante, par rapport à celle exigée par la loi ». Le Tribunal suprême conclut que « le catalogue du demandeur ne mérite pas le statut d'œuvre à ces fins et que, par conséquent, les similitudes qu'il présente avec le catalogue du défendeur ne permettent pas d'évaluer une quelconque violation du droit d'auteur ». Il reconnaît donc qu'il pourrait y avoir une certaine originalité, mais elle serait si faible qu'elle n'atteindrait pas le niveau requis par la loi. Cela correspond au critère de la hauteur créative, affirmant ainsi indirectement que l'originalité doit atteindre certains niveaux pour être protégée par le droit d'auteur. À cet égard, il apparaît critiquable que les aspects esthétiques des catalogues soient simplement écartés comme ne donnant pas lieu à la protection en tant qu'œuvre linguistique reconnue à l'article 10.1.a). En bref, il peut ne pas y avoir d'originalité dans la sélection ou la disposition, mais il peut y en avoir dans la présentation des éléments utilisés dans le catalogue[21]. Selon nous, il convient d'envisager cet arrêt par le prisme originel de l'exigence d'une certaine hauteur créative, conformément à la tendance jurisprudentielle initiée en 2004[22]. Notons qu'il n'est pas fait mention de la jurisprudence de la CJUE dans cette affaire.

21. *Cf.* R Bercovitz, « La originalidad de un catálogo », *Aranzadi Civil*, BIB 2017\11146.

22. Pour une autre interprétation, G. Minero, « Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 », *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2017, version en ligne consultable BIB 2017\12566.

Ce qui nous amène à l'arrêt précédant le fameux arrêt du 6 février 2021 sur la tauromachie. En l'occurrence il s'agit de l'arrêt du 26 avril 2017 (RJ 20171736) qui concernait une œuvre architecturale. Le Tribunal suprême ignore une fois de plus le concept autonome d'originalité. Le litige porte sur la question de savoir si les trois architectes ayant participé au projet de construction d'un bâtiment hôtelier pouvaient être considérés comme co-auteurs de l'œuvre architecturale, ou si seulement deux d'entre eux le pouvaient. En l'espèce, ils prétendaient avoir apporté des éléments originaux tels que la façade, les ajustements de la volumétrie, le traitement des espaces intérieurs et extérieurs, tandis que le troisième architecte n'avait apporté que des éléments de nature purement technique et fonctionnelle, de nature à écarter une éventuelle protection par le droit d'auteur.

Le 9e considérant de l'arrêt nous indique alors qu': « […] en raison des caractéristiques particulières de l'œuvre architecturale et des plans et projets à l'appui de sa conception et permettant son exécution, prévaut un concept objectif d'originalité, qui implique l'exigence d'une activité créatrice qui, indépendamment de l'opinion que chacun peut avoir sur les réalisations esthétiques et pratiques de l'auteur, confère à l'œuvre architecturale un caractère de nouveauté et permet de la différencier des autres œuvres préexistantes. Accorder la protection que la réglementation de la propriété intellectuelle accorde aux auteurs, tant en termes de droits moraux que de droits d'exploitation économique, à ceux qui conçoivent des bâtiments ordinaires, sans un minimum de singularité ou de caractère distinctif, non seulement ne répond pas au sens et à la finalité des règles régissant la propriété intellectuelle, mais aurait également des conséquences inquiétantes pour le

propriétaire du bâtiment, en raison de sa nature d'œuvre fonctionnelle, destinée à satisfaire les besoins de son propriétaire à un moment donné, dont les droits doivent coexister avec les droits de l'auteur, tels que le droit moral à l'intégrité de son œuvre ». Le Tribunal suprême utilise ici le critère de la nouveauté objective pour déterminer qu'il y a originalité, à laquelle il ajoute un niveau minimum de hauteur créative, formulé par le biais de l'expression : « singularité ou d'un caractère distinctif minimum ». Il est surprenant que le Tribunal se réfère à ces critères de définition de l'originalité, dans le cas des caractéristiques particulières de l'œuvre architecturale : les critères seraient-ils différents s'il s'agissait d'un autre type d'œuvre ? Le Tribunal suprême déclare ensuite que : « [p]our décider si une œuvre architecturale est originale et donc protégée par les règles de la propriété intellectuelle, il faut tenir compte du fait que le caractère fonctionnel de la plupart des œuvres architecturales conditionne nombre de leurs éléments et restreint dans une certaine mesure la liberté créative de l'architecte et ses possibilités d'originalité. Les conditions de rédaction d'un projet architectural répondent en grande partie à des exigences techniques ou fonctionnelles et au respect des règles d'urbanisme. Lorsque c'est le cas, le projet ou l'œuvre architecturale construite n'est pas protégé par le droit d'auteur dans la partie imposée par ces exigences techniques, fonctionnelles ou normatives […]. En général, les œuvres architecturales se prêtent à moins d'originalité que les autres types d'œuvres plastiques et requièrent un degré de singularité plus élevé que celui requis pour les autres catégories d'œuvres protégées par la propriété intellectuelle couvertes par l'article 10 de la LPI ».

Tel que l'on peut le constater, il s'écarte ainsi du concept autonome d'originalité établi par la CJUE, en liant celui-ci aux notions de hauteur

créative et de nouveauté objective. En ce sens, dans son argumentation, le Tribunal se rapproche du critère d'originalité traditionnellement défendu en droit allemand. Et comme c'était le cas en droit allemand, pour les créations fonctionnelles telles que les œuvres d'art appliqué – et architecturales – une plus grande hauteur créative a été requise pour leur protection[23]. À cet égard, il nous semble que ce saut dans l'interprétation opéré par le Tribunal aurait nécessité de plus amples explications, notamment par des références à la jurisprudence de la CJUE. Le silence de notre haute juridiction à l'égard du concept autonome d'originalité établi par la CJUE s'appliquant de manière générale à tous les types d'œuvres est encore frappant dans cet arrêt. Il aurait dû se demander, pour commencer, si, compte tenu de l'uniformité recherchée par la CJUE dans la définition de l'originalité comme création propre de l'auteur, il est possible d'affirmer que le niveau d'originalité peut être plus élevé dans certaines œuvres que dans d'autres pour pouvoir bénéficier de la protection[24]. Le fait que le Tribunal suprême espagnol lie expressément

23. Il convient de noter que le critère a changé en Allemagne suite à l'arrêt du *BGH* du 13 novembre 2013. Jusqu'alors, le critère du seuil d'originalité plus élevé pour la protection d'un dessin ou modèle industriel par le droit d'auteur reposait sur le fait que la différence de protection (droit d'auteur vs dessin ou modèle) était une question de degré et non de nature. Le *BGH* modifie le critère en indiquant qu'une telle relation graduée n'existe pas et qu'un seuil plus élevé ne devrait pas être exigé pour les œuvres d'art appliqué par rapport aux autres œuvres artistiques. – P. Fehlbaum, « La délimitation entre le design et le droit d'auteur au regard de l'affaire du train d'anniversaire (*Geburtstagszug*) », 2015, 2, disponible en ligne, www.sic.online.ch –.

24. À cet égard, la doctrine allemande s'est demandée si l'arrêt *Infopaq* permettait aux juges des États membres de maintenir des seuils d'originalité différents pour les différents types d'œuvres et si, par conséquent, la formulation de la CJUE n'établissait que des conditions minimales par rapport en matière d'exigence de protection. – V. S. von Lewinsky, « La qualification d'œuvres de l'esprit à l'épreuve de la jurisprudence européenne : une notion harmonisée ? », *in* A. Bensamoun, F. Labarthe et A. Tricoire (dir.), *L'*œuvre *de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, Mare & Martin, 2015, p. 221. Sur la même thèse que celle proposée dans cet article, à savoir qu'une notion d'originalité à géométrie variable n'est pas défendable, et que le concept d'originalité doit être le même pour tous les types d'œuvres, V. A. Lucas, A.Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., Lexis Nexis, 2017, p. 144.

l'originalité à la hauteur créative pose également un problème de conformité avec la jurisprudence de la CJUE. Cela peut notamment donner lieu à une absence d'interprétation conforme, à laquelle tous les juges nationaux des États membres sont tenus. En Espagne, cette absence d'interprétation conforme pourrait donner lieu à un recours d'*Amparo* de la part des personnes lésées par ces décisions, sur la base de l'absence de protection juridictionnelle effective reconnue comme un droit fondamental à l'article 24 de la Constitution espagnole[25].

Nous nous accordons sur le fait que l'œuvre doit répondre à certaines normes minimales d'originalité afin de déclencher la protection du droit d'auteur : droits exclusifs au cours de la vie et 70 ans après la mort, droits moraux inaliénables, dont certains à perpétuité – articles 14, 15, 16 et 41 de la LPI[26]. Mais le fait que cette précision soit exprimée explicitement par nos juridictions entraîne un problème évident d'interprétation conforme à la jurisprudence de la CJUE, dont nos tribunaux doivent tenir compte.

## IV. CONCLUSIONS

Tel que nous avons essayé de le démontrer, le problème de la protection par le droit d'auteur d'une performance de tauromachie, comme souhaité par le torero requérant, est voué à l'échec, s'il n'est pas démontré dans quelle partie de la performance il y a originalité. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'un

25. Cela a été reconnu dans la décision 75/2017 du Tribunal constitutionnel du 19 juillet. Sur l'interprétation conforme en matière de droit de l'Union européenne, voir, CJUE du 4 juillet 2006 (affaire 212/04).

26. Il s'agit des droits moraux à la paternité et à l'intégrité, bénéficiant d'une protection perpétuelle en droit espagnol.

problème de reconnaissance d'une œuvre, mais de son originalité. L'importance de cet arrêt est qu'il met fin, au moins pour le moment, à la prétention de certains toreros – ce n'est pas la première fois que l'on tente d'inscrire une performance de tauromachie au registre de la propriété intellectuelle – si l'existence de l'originalité n'est pas prouvée. Celle-ci, en matière de corrida, doit correspondre à un mouvement chorégraphique spécifique, détachable du patrimoine commun. En matière d'exigence d'une nouveauté objective et d'une hauteur créative des œuvres, il ne nous apparaît pas clairement que le Tribunal met fin dans cet arrêt à sa jurisprudence en la matière. La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE s'est faite dans des cas spécifiques où il existait un précédent que le Tribunal a considéré comme directement applicable. Mais la notion d'originalité, que la CJUE a elle-même exposée depuis l'arrêt *Infopaq* en 2009, est unique pour tous les États membres, et pour tous les types d'œuvres. La problématique se déplace davantage vers la question du type d'œuvre auquel nous avons affaire. Quant à l'originalité, il est plus probable de la trouver dans un type d'œuvre que dans d'autres. Mais le concept d'originalité doit être le même pour chaque type d'œuvres. Il reste à voir, désormais, comment le Tribunal suprême espagnol interprétera le concept d'originalité, et surtout s'il sera capable de le distinguer conceptuellement de la notion d'œuvre.