

## **Titre : fauche et protection**

Ce n'est pas le titre qui fait le livre. Mais il le fait un peu quand même, si l'on en croit les auteurs. On tourne et on retourne un substantif dans tous les sens, tantôt avec un article défini tantôt avec un indéfini, on remplace un adjectif par un autre, et on remet l'ouvrage sur le métier jusqu'à ce que le rythme, le son et la couleur s'accordent. On y sue sang et eau, même si au bout du compte c'est à l'éditeur de fixer le titre, comme argument de vente pour ainsi dire, l'important étant son caractère unique et sa capacité de se distinguer des autres titres de livre.

Dès qu'un titre a un caractère suffisamment individuel, il jouit de la protection du droit d'auteur comme une oeuvre autonome. C'est ce que précise l'art. 2, al. 4, de la loi sur le droit d'auteur (LDA), formulant du même coup le noeud du problème : le titre doit porter le sceau de l'originalité, être l'expression d'une activité créatrice, se distinguer de ce qui existe déjà. C'est tout cela que la jurisprudence entend par caractère individuel. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral explique dans un de ses rares arrêts en la matière qu'un titre « à lui seul » ne devrait que rarement pouvoir prétendre à la protection du droit d'auteur (ATF 64 II 109) ; il précise qu'un titre doit mériter « d'être élevé au rang d'une oeuvre d'art littéraire » (ATF 77 II 383). Cette exigence pourrait prêter à confusion, car le droit d'auteur ne s'intéresse pas à l'art sublime sur son piédestal, à la teneur esthétique, les oeuvres étant protégées « quelles qu'en soient la valeur ou la destination » (art. 2, al. 1, LDA). Il en allait déjà ainsi en 1951, quand le Tribunal fédéral a eu à s'occuper de Mickey Mouse. C'est le caractère individuel qui n'était pas suffisant, poursuit l'arrêt juste après le passage qu'on vient de citer : « Appeler une souris Mickey (diminutif anglais de Michael), comme on donne partout aux animaux des prénoms humains, surtout sous forme de diminutifs, et comme dans les histoires d'animaux des prénoms humains sont aussi associés à des noms d'espèce animale, n'est que trop évident et habituel [...]. Si l'appellation à consonance étrangère Mickey Mouse peut encore sembler un tant soit peu originale, cette impression disparaît aussitôt devant sa traduction allemande, qui devrait être « Michael Mäuserich ». Le choix d'un prénom usuel comme titre d'oeuvre ne nécessite guère un effort de l'esprit. Et l'on ne saurait qualifier de créatrice l'individualisation d'une figure animale au moyen d'un prénom déjà existant. »

## **La barre est haute dans le droit d'auteur**

Du coup, aucun nom propre ne peut revendiquer la protection du titre en vertu du droit d'auteur, d'une part en raison des considérations qu'on vient de citer, de l'autre parce que le titre constitue justement une catégorie d'oeuvres autonome, qui existe indépendamment de tout lien avec le contenu du livre. Et puisque l'arrêt du Tribunal fédéral contenant la décision de principe relative à Mickey Mouse mérite lui-même d'être élevé au rang d'une oeuvre d'art littéraire, citons-le encore une fois : « Qui, en entendant par exemple les mots « Jürg Jenatsch », « Ekkehard », « Wilhelm Meister » ou « Uli der Knecht », n'aurait aussitôt à l'esprit les romans correspondants ? Qui, en entendant prononcer le mot « Joconde », n'a pas aussitôt mentalement sous les yeux le célèbre tableau de Léonard de Vinci ? Et qui n'aurait pas aussitôt sur les lèvres le nom de la Joconde en voyant le tableau ou même simplement une reproduction de celui-ci ? » (ATF 77 II 380 s.) – Les pensées originales et, du coup, protégées par le droit d'auteur se matérialisent dans les romans et les tableaux et non dans leurs titres, poursuit le Tribunal fédéral, qui n'a plus fait entendre de conclusions sur la protection des titres de livre depuis son arrêt de 1951.

De ce fait, la question de savoir quand la formation ou la combinaison de mots devient une oeuvre langagière et quand le titre dégage un caractère suffisamment individuel reste controversée dans la doctrine. L'unanimité est quasi totale pour des monstres comme le titre de Jean Paul Des Feldpredigers Schmelzles Reise nach Flätz mit fortgehenden Noten; nebst der Beichte des Teufels bey einem Staatsmanne. La prolixité permet aux formulations d'être plutôt originales. Pour le titre de Peter Høeg Smilla et l'amour de la neige (Fräulein Smillas Gespür für den Schnee dans sa traduction allemande), par contre, la protection est déjà problématique du point de vue des experts. Il est encore plus difficile d'insuffler l'originalité requise dans de brèves combinaisons de mots. Les groupes de deux surtout, avec lesquels il est possible de jouer d'innombrables façons, atteignent rarement le caractère individuel gage de protection. « Kaltes Glück », « Sieben Jahre », « Alte Liebe », « Mauvaise fille » ou « Vento scomposto » font partie du bien commun langagier. Même des trouvailles ou des paradoxes comme le Revolver à cheveux blancs d'André Breton, qui ne laissent rien à désirer en matière d'originalité, sont jugés à l'aune des éléments qui les composent et constituent des « couples non protégés » au regard du droit d'auteur, comme le formule Max Kummer<sup>1</sup>. Il en dit autant de Bonjour Tristesse, bien que son avis ne fasse pas l'unanimité : pour d'autres experts, ce titre-là doit justement être protégé, car l'image qu'il crée est forte et lui confère le caractère individuel requis. Qui a raison, nous ne le savons pas. Il y a des arguments pour et contre, la marge d'appréciation est grande.

### **Protection du titre par le droit des marques ou le droit de la concurrence : pas en Suisse**

Ce n'est donc que dans quelques rares cas d'exception que la loi sur le droit d'auteur protège contre le vol d'un titre, et l'on peut se demander si cette protection ne pourrait pas être dérivée d'autres domaines du droit, par exemple sous l'angle des mesures prêtant à confusion, combattues par la loi sur la concurrence déloyale (LCD). Celle-ci porte sur l'ensemble des signes distinctifs ayant un pouvoir d'individualisation, donc en principe aussi sur les titres de livre. L'art. 3, let. d, LCD taxe de déloyales toutes les mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui. On pourrait croire que cette disposition se prête parfaitement à la protection des titres de livre. Mais le droit de la concurrence exige que le titre ait une fonction d'indication de la provenance. Ce n'est en général pas le cas pour les titres de livre, car au magasin la plupart des clients s'enquière de l'auteur et non de l'éditeur. Sauf pour les exceptions importantes que constituent ces livres dont la couverture déjà signale la provenance, comme le Duden, le Larousse ou le Zanichelli.

Il n'en va pas autrement en Suisse avec la protection des marques. Il se trouve bien dans la littérature juridique des voix pour estimer que les titres de livre peuvent tout à fait revendiquer la qualité de marque. Ils n'en ont cependant pas non plus la fonction économique, la marque étant un signe désignant la marchandise ou la prestation de service d'une entreprise donnée, et la distinguant de celles des autres.

### **Annnonce de réservation d'un titre selon le droit européen**

Les choses se présentent tout différemment dans l'espace UE. Là, les titres de livre sont protégés par le droit des marques, en vertu de la directive 89/104 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. Celle-ci ne leur laisse que très peu de marge de manoeuvre pour la transcription dans le droit national, raison pour laquelle les prescriptions en la matière se ressemblent dans toute l'Union européenne : le titre est automatiquement

protégé dès sa mise en circulation, donc à la parution du livre, ou dès la publication d'une annonce de réservation d'un titre (Titelschutzanzeige) dans un journal professionnel de l'édition ou de la librairie. Pour l'Allemagne, une telle annonce peut se formuler ainsi : « Unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 MarkenG nehme ich Titelschutz in Anspruch für <Wildsau Franz> in allen Schreibweisen und Darstellungsformen und für alle Medien.»<sup>2</sup> Cette annonce en ligne a été publiée par un auteur allemand sur le site [www.lektoren.ch](http://www.lektoren.ch).

Sous cette adresse se cache, selon ses propres termes, une des principales agences de « lectorat » de l'espace germanophone, ayant son siège à Zoug. Elle promet aux auteurs des annonces la protection du titre dans tout l'espace germanophone selon les dispositions allemandes. Manque de pot, les lois nationales ne déploient aucun effet au-delà des frontières du pays. La protection selon le droit allemand ne vaut que pour l'Allemagne, selon les dispositions françaises que pour la France et selon les prescriptions légales italiennes que pour l'Italie. Si bien que l'auteur suisse qui a déposé auprès de [lektoren.ch](http://lektoren.ch) le titre Sag's per SMS sera doublement déçu. D'une part son annonce en Suisse, même publiée sur le réseau mondial, ne protège son titre dans aucun pays germanophone, car la Suisse ne connaît pas l'instrument de l'annonce de réservation de titre, et l'on ne peut pas, depuis la Suisse, prendre extraterritorialement des décisions selon le droit allemand dans d'autres territoires germanophones, de la République fédérale au Luxembourg en passant par l'Autriche, la Transylvanie et Majorque. Notre auteur suisse devrait donc publier son annonce dans un journal professionnel allemand et peut-être aussi dans son pendant autrichien.

La seconde désillusion de notre auteur devrait lui venir de la conclusion que « Disle par SMS », annonce de réservation ou pas, lui serait de peu de secours en cas de litige avec un usurpateur de titre. Car sa petite phrase n'est ni nouvelle, ni originale, ni dotée d'un pouvoir distinctif. Telles seraient cependant les conditions pour faire valoir la protection du titre en vertu du droit des marques. Mais parmi ceux qui publient une annonce de réservation, personne ne prend la peine de vérifier si ces conditions sont remplies.

Sous de tels auspices, une annonce de réservation de titre n'est judicieuse que dans certaines circonstances, par exemple avant la publication d'un livre pour que l'éditeur présentant son programme et dans sa publicité puisse annoncer qu'il revendique un titre donné. Mais à y regarder de plus près, le droit des marques ne peut pas offrir grand-chose de plus dans l'Union européenne que le droit d'auteur, en vertu duquel la protection est automatiquement garantie dès qu'un titre présente un caractère individuel – à une exception près : quand un titre qui en soi n'a pas de pouvoir distinctif a acquis le statut de marque nominale constituant la dénomination nécessaire et courante d'un produit ou, en d'autres termes, quand il renvoie à une publication déterminée. Tel devrait par exemple être le cas de Smilla et l'amour de la neige, même sous sa forme abrégée Smilla, sous laquelle on parle du livre dans presque toutes les langues.

Si donc un titre vous est fauché, les litiges judiciaires usants pour les nerfs et coûtant beaucoup de temps et d'argent présentent un risque non négligeable de perte de la cause. Mais cela ne veut pas dire qu'il faut baisser pavillon. L'annonce d'un litige avec une solution pragmatique en tête peut tout à fait s'avérer payante, comme le montre l'exemple d'un membre de l'AdS. L'autrice avait publié dans une petite maison d'édition suisse un livre avec pour titre un seul mot, qui peut tout à fait être qualifié de poétique, mais pas assez individuel sous l'angle du droit d'auteur. Plus tard, un important éditeur allemand a publié un livre portant le même titre. Sur une intervention suffisamment pressante de l'autrice, on est convenu de remettre son livre sur le marché en Allemagne sous un nouveau titre. Ainsi

l'autrice a pu entrer dans une maison d'édition professionnelle et n'a plus dû se battre avec une éditrice suisse inactive avec laquelle elle s'était brouillée.

Regula Bähler, conseillère juridique de l'AdS

Traduction: Christian Viredaz

<sup>1</sup> Max Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Berne 1968, p. 83.

<sup>2</sup> « Me référant au § 5, al. 3, de la loi sur les marques, je revendique la protection du titre « Ce cochon de Franz » dans quelque graphie ou sous quelque forme de représentation que ce soit et pour tous les médias. »