

PUBLICITE ET DROITS D'AUTEUR

Par Lorène CHOQUET et Juliette MANT
Etudiantes en DEA « Droit des Médias », à l'université d'Aix-Marseille III

Il n'existe pas de définition générique légale de la publicité.

On pourra retenir cependant la définition donnée par certains auteurs. Monsieur Chateaufort définit la publicité comme une activité dont la fonction essentielle est de faire connaître un produit pour le faire demander. Pour M. Bigot, il s'agit d'une technique de communication partisane délivrant un message contrôlé à destination d'une cible définie et pour le compte d'un annonceur qui, schématiquement, veut améliorer sa position économique.

On peut cependant trouver une définition de la publicité dans les textes de loi, en fonction du support exploité.

Ainsi, l'affichage publicitaire, aux termes de l'article 3 de la loi du 29 décembre 1979 constitue « toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention ».

La publicité audiovisuelle, aux termes du décret du 27 mars 1992 modifié par le décret n° 2201-1331 du 28 décembre 2001 désigne quant à lui « toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie, en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée. Cette définition n'inclut pas les offres directes de vente au public en vue de la vente, de l'achat ou de la location de produits ou en vue de la fourniture de services contre rémunération».

Mais la publicité comprend également les oeuvres du langage y compris les plus brèves comme les slogans, les œuvres des arts graphiques et plastiques, ainsi que les œuvres photographiques, musicales, et multimédias.

L'article L.121-1 du Code de la consommation énumère divers supports de la publicité, tels que les emballages, les étiquettes, le mailing, mais encore les marques, les documents commerciaux, ou bien le produit lui-même.

Création artistique et pure technique commerciale, la publicité a ainsi recours à la fois à la protection littéraire et artistique mais également au droit des marques, des

dessins et modèles ou à l'action en concurrence déloyale ou parasitaire.

L'article L. 112-1 énonce que les dispositions du Code de la propriété intellectuelle (Loi du 1er juillet 1992, reprenant les dispositions de la loi du 11 mars 1957 et modifiée par la loi du 3 juillet 1985), protègent toutes les œuvres de l'esprit. Sont alors protégés « les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quel qu'en soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

Ce principe a engendré la thèse de l'unité de l'art selon laquelle une oeuvre peut être protégée quelque soit sa destination, art pur ou art appliqué à un commerce, une industrie ou tout autre activité sociale.

Au nom de ce principe, l'œuvre publicitaire bénéficie d'une protection au titre du Livre I du Code la propriété intellectuelle. Le détenteur des droits d'auteur pourra donc s'opposer à ce qu'un contrefacteur ne vole son slogan, son texte ou son dessin pour se l'approprier.

Ne nous intéressant dans cette chronique qu'à la seule question de la protection de l'œuvre publicitaire par la propriété littéraire et artistique, il conviendra dans un premier temps de s'intéresser aux contours de la notion d'œuvre publicitaire (I), avant de s'interroger sur la titularité des droits portant sur les œuvres publicitaires (II).

I. DE L'IDEE PUBLICITAIRE A LA CREATION

D'un point de vue administratif, l'œuvre est protégée du seul fait de sa création, sans qu'il soit nécessaire d'accomplir une quelconque formalité. Notre système diffère ainsi du système de protection américain de copyright.

En France, il n'existe aucun registre permettant de connaître quelles sont les œuvres publicitaires déjà créées, si bien que toute création nouvelle est susceptible de déclencher une action en justice d'un auteur, dont l'oeuvre confidentielle n'aurait pas été repérée par le créateur de l'œuvre nouvelle.

Les agences de publicité utilisent parfois comme pis aller le système de la divulgation de l'œuvre dans un organe de presse de faible tirage afin de donner date certaine à une création. Mais pour autant, c'est bien la création et non la divulgation de l'œuvre qui conditionne sa protection.

L'idée publicitaire suppose en somme une matérialisation créatrice (A) qui laissera alors libre champ aux acteurs de la création (B).

A. L'IMPOSSIBLE PROTECTION DE L'IDEE PUBLICITAIRE

Au sens courant, l'idée est une représentation mentale, une vue générale et abstraite, du grec *idea*, « aspect », « forme distinctive ». Platon définissait l'idée comme une essence ou forme intelligible possédant un degré supérieur de « réalité » et dont les choses sensibles ne sont que de pâles copies. Ainsi, l'idée est l'original de la création et sa matérialisation n'est qu'une simple copie de l'idée.

En matière publicitaire, il n'est cependant pas aisé de déterminer le degré d'achèvement de l'œuvre, en particulier lorsqu'il s'agit de slogans ou de thèmes de campagne.

Toute œuvre de l'esprit doit donc, pour bénéficier de la protection légale, satisfaire à deux exigences : une concrétisation formelle de l'œuvre, permettant la matérialisation de la création intellectuelle (1) et une forme originale (2).

1) la nécessité d'une certaine matérialisation de l'idée publicitaire

L'article L. 111-2 du CPI dispose que « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée de la conception de l'auteur. »

Cela signifie que le seul fait de lancer une idée publicitaire ne suffit pas à établir la participation à une œuvre de collaboration.

En effet, si l'idée est l'essence même de l'invention et le moteur de l'évolution sociale, elle se renouvelle continuellement. Dès lors, lorsque le législateur décida d'accorder un régime juridique de protection aux créations intellectuelles, la question de la nature juridique de l'idée se posa. Pour éviter tout litige dont la preuve serait impossible à rapporter, la pratique pose le principe de non protection de l'idée.

a) La non protection des idées, thèmes et techniques de campagne

Le principe général de non protection de l'idée doit s'appliquer en matière publicitaire.

La règle de l'absence de protection d'une idée publicitaire a en effet été

constamment réaffirmée en jurisprudence et très tôt admise par la Cour de Cassation. Dès 1964, la Cour énonce que « les idées sont dans le domaine public à la disposition de tout exploitant » (Cass. com. 16 juillet 1964). En effet, il faut envisager la protection des seules idées qui ont déjà des contours plus ou moins précis, c'est-à-dire des idées qui sont d'abord extériorisées.

Un thème publicitaire n'est d'ailleurs pas plus protégeable qu'une idée. C'est pourquoi le thème de la blancheur comparée, abondamment utilisé par les publicités vantant les mérites des poudres à laver le linge n'est pas susceptible de faire l'objet d'appropriation (arrêt Procter et Gamble contre Lever). Les techniques de communication telles que les techniques d'utilisation de jeux, concours et loteries ne sont pas plus protégeables.

Ce principe est avant tout justifié par les nécessités de la concurrence. A ce sujet, on peut noter une décision du directeur de l'INPI du 31 mars 1989 s'agissant de l'enregistrement du slogan « plus de fruits, moins de sucre ». Il a refusé ce slogan déposé par une marque de confiture car « l'appropriation de tels termes conférerait au déposant un avantage concurrentiel injustifié en contraignant les producteurs et distributeurs de produits analogues à recourir à des circonlocutions pour les présenter à la clientèle. »

En somme, il faut bien nuancer la notion de « matérialisation de l'idée », et selon Pierre-Yves Gautier, " la mise en forme de l'idée, (...) c'est le fait de parvenir à une précision suffisante quant à l'œuvre future dans l'exposé que l'on peut en faire à autrui (...) Ainsi, l'idée serait susceptible d'appropriation dès que ses contours sont suffisamment précisés, et avant même d'être matérialisée. "

b) Le degré de réalisation entraînant la protection

Selon l'article L. 102-2 du CPI, : « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

La nuance est délicate et c'est donc aux juges qu'il appartiendra de déterminer si l'idée est suffisamment ou insuffisamment matérialisée. Le critère retenu est celui de la précision.

En matière publicitaire, les « roughs », définis comme les croquis élémentaires donnant l'aspect graphique de l'annonce, de même que les « story board » dans le cadre de la production d'un film publicitaire, sortent la création publicitaire du domaine des idées pour faire l'objet d'une réalisation même inachevée.

Il n'est pas toujours aisé de déterminer pour le juge le niveau d'achèvement d'une création publicitaire. En revanche, on s'accorde sur le principe que seule l'originalité entraîne une protection.

2) L'originalité comme critère de protection de l'œuvre publicitaire

La notion d'originalité est le critère sans lequel la protection de l'œuvre ne peut être assurée. Cependant, il s'agit d'une conceptualisation fragile.

a) La définition de l'originalité en matière publicitaire

En droit français, l'originalité conditionne la protection de l'œuvre par le droit d'auteur. Pour autant, la formule classique selon laquelle l'œuvre originale est celle qui fait ressortir « l'empreinte de l'auteur » ne suffit pas à fournir une définition satisfaisante de l'originalité. Le Code de la propriété intellectuelle ne contient aucune définition de cette notion.

Ainsi, sera considérée originale l'œuvre empreinte de la personnalité de son auteur. Il suffit donc que le créateur se soit exprimé avec une marge, même relative, de liberté. L'originalité n'est ni l'inventivité, ni la nouveauté. Elle peut résider dans la seule expression ou la seule composition. La reconnaissance de cette originalité qui est, selon les principes du droit, la clef d'identification de l'œuvre ne peut relever que d'une appréciation subjective et, en cas extrêmes, de la conviction du juge.

Une définition est proposée par le professeur Gautier. L'originalité « constitue l'apport artistique propre à l'auteur de la création, qui vient, au minimum, se superposer à un patrimoine intellectuel préexistant, qu'il appartienne privativement à un autre auteur ou qu'il soit le lot commun de tous les créateurs ».

Voyons à présent le contenu de cette notion.

b) Le contenu de la notion d'originalité de l'œuvre publicitaire

Divers spécificités caractérisent le contenu de la notion d'originalité.

L'empreinte de la personnalité de l'auteur

La jurisprudence a refusé la protection légale à une « réflexion banale qui ne saurait refléter la personnalité de l'auteur. »

D'autres décisions se sont portées en faveur de la protection car les œuvres « portent la marque de la personnalité de leur auteur (à propos d'un slogan, CA Paris, 4ème ch., 26 févr. 1989).

Cependant, cette notion d'empreinte est assez floue et les juges l'apprécient au cas par cas.

L'absence d'antériorité et l'effort créateur

Les sieurs Greffe, dans leur ouvrage « La publicité et la loi », donnent comme critère des œuvres protégées leur nouveauté. Ce critère avait été soulevé en jurisprudence, mais il a laissé la place à la constatation d'un effort créateur, critère subjectif, mais moins aléatoire. L'effort créateur implique seulement l'intervention d'un individu, intervention qui aura laissé une trace certaine, se distinguant toutefois du mérite que la loi interdit d'apprécier.

La jurisprudence retient alors en somme l'effort créateur ou tout au moins un « certain travail intellectuel ».

Le caractère distinctif

A travers la protection de l'œuvre, c'est le signe distinctif du produit vendu qui doit apparaître.

Seule peut être envisagée la protection par le droit d'auteur de slogans dont les termes ne sont « ni nécessaires, ni purement descriptifs » du produit vanté.

C'est dans cette même logique que l'existence de la contrefaçon en matière publicitaire est souvent appréciée par référence à l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle.

Cela est particulièrement vrai pour le slogan, en tant qu'élément de ralliement de la clientèle, sa protection étant recherchée simultanément au titre du droit des marques et au titre du droit d'auteur.

Nous pouvons citer à titre d'exemple de slogan protégé « Mars, un coup de barre et ça repart » et de slogan qui ne l'a pas été « le mariage n'est pas une loterie ». Là encore, les juges sont libres d'apprécier l'originalité du slogan.

Une fois l'idée suffisamment matérialisée comme œuvre publicitaire, interviennent les acteurs de la création.

B. LES ACTEURS DE LA CREATION DE L'ŒUVRE PUBLICITAIRE

Les créations publicitaires étant destinées à être en principe commercialisées, il en résulte que l'auteur véritable sera le plus souvent ignoré pour laisser place aux personnes qui exploitent l'œuvre, à savoir l'éditeur publicitaire et l'annonceur. En pratique, le processus créatif est mis en œuvre par l'agence de publicité (2) sous les ordres de laquelle agissent toutes sortes d'artistes créateurs (1).

1) Les créateurs de la campagne publicitaire

Les graphistes participent directement à la création publicitaire, spécialement à l'occasion de la création de logos types protégés par la législation sur la propriété littéraire et artistique lorsque le dessin est original. L'auteur est alors en droit d'interdire toute utilisation non prévue dans le contrat de cession de ses droits, nonobstant les difficultés qui peuvent en résulter pour les entreprises clientes.

On peut citer également les auteurs de slogans, bien que la nature pour le moins brève du message induise le doute quant à son originalité, ainsi que les auteurs de musique et paroliers qui interviennent également dans le processus créatif.

La musique originale accompagnant les publicités radiophoniques ou audiovisuelles peut être en effet considérée comme une œuvre, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une comptine tombée dans le domaine public, et qu'elle présente un caractère d'originalité suffisant.

Le photographe bénéficie de la protection du Code de la propriété intellectuelle à condition d'être l'auteur d'une œuvre originale. Le choix de l'objectif, de la pellicule, de l'éclairage, du cadrage caractérisent en effet une œuvre dont le photographe peut revendiquer la protection de manière autonome.

Ces auteurs bénéficient de l'intégralité des droits institués par le Code de la propriété intellectuelle et peuvent donc notamment faire valoir les droits moraux prévus par les articles L.121-1 et suivants du code. L'auteur d'une œuvre publicitaire peut également faire valoir son droit à la signature de l'œuvre, nonobstant les prérogatives de l'agence titulaire des droits d'exploitation sur l'œuvre collective, et sous réserve d'impossibilité technique consacrée par les usages. On comprendra en effet aisément que la diffusion d'un spot publicitaire, dont la valeur est calculée à la seconde près, ne peut se voir rallonger par un générique identifiant tous les acteurs de sa création.

Parlons maintenant du maître d'œuvre de la campagne.

2) Les agences Conseils en communication

L'article 43 du Code des usages de la publicité donne de l'agence Conseil en publicité une définition fondée sur la nature des services rendus à l'annonceur : « Est Conseil en publicité celui qui est capable de concevoir dans tous ses détails une campagne de publicité ».

Pour notre sujet, seul nous intéresse le cas de l'agence éditeur, définis à l'article 50 du code des usages comme le « (...) créateur et maître d'œuvre. Il étudie, crée, met au point, édite des moyens publicitaires tels que : affiches et albums, brochures, catalogues, étiquettes, tableaux ... ». L'agence n'est alors pas tenue par le statut de mandataire.

Mais après avoir déterminé les acteurs de la création, il convient à présent de

s'intéresser au contexte juridique dans lequel ils évoluent, c'est à dire à la titularité de leurs droits.

II. LA TITULARITE DES DROITS SUR L'ŒUVRE PUBLICITAIRE

Les rapports entre les différents acteurs de la campagne publicitaire sont régis par des contrats dont le principal dessein est la répartition des droits d'auteur des œuvres publicitaires créés. Il s'agit des contrats de travail entre agence et créateur (A) et des contrats entre l'agence et l'annonceur qui lui a commandé la campagne (B).

A. LES CONTRATS ENTRE AGENCE ET CREATEUR

L'agence conseil en publicité a pour activité principale la réalisation, pour le compte de l'annonceur, d'une campagne de publicité à laquelle peuvent contribuer ses propres salariés (1) ou des créateurs extérieurs (2). Dans l'un comme dans l'autre cas, l'agence doit acquérir les droits d'auteur sur les créations réalisées pour le compte des clients.

1) Les créateurs salariés

a) Les droits des employeurs sur les créations de leurs salariés

A l'inverse de la solution retenue en matière de brevet, les droits d'auteur naissent sur la tête du salarié, même si l'œuvre a été créée en exécution d'instructions données par l'employeur.

Ce principe s'applique si l'employeur ne justifie d'aucune cession faite par le salarié à son profit. Ainsi, contrairement à la solution retenue dans d'autres pays, il n'est prévu en France aucune présomption de cession au profit de l'employeur pour les besoins de l'entreprise, et il est même exclu expressément par la loi que les parties puissent convenir à l'avance, au moment de la conclusion du contrat de travail, d'une cession globale anticipée. Cette dévolution est limitée aux droits patrimoniaux.

Toutefois, l'employeur doit obtenir une cession expresse des droits patrimoniaux, cession subordonnée à des conditions strictes en raison de la position « personnaliste » de la Cour de cassation quant aux droits d'auteur.

Le principe de prohibition de la cession des œuvres futures doit amener l'employeur à régulièrement régulariser des avenants aux contrats de cession pour y inclure les œuvres créées par les salariés.

En matière publicitaire, l'œuvre créée est par nature une œuvre collective dont les différents auteurs ne sont pas identifiables pour leur part respective. Voyons donc les obligations qui découlent de cet état de fait dans les rapports entre l'agence et ses salariés.

b) Les droits des employeurs sur les œuvres collectives des salariés

L'œuvre collective est définie à l'article L. 113-2 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle comme celle « créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé. »

L'employeur devra démontrer qu'il est à l'origine du projet et qu'il a joué un rôle moteur pendant la phase d'élaboration.

L'intérêt majeur de la qualification d'œuvre collective est d'investir directement des droits d'auteur la personne physique ou morale, c'est-à-dire en l'espèce l'employeur, sous le nom de laquelle l'œuvre est divulguée. Il pourra alors faire valoir ses droits patrimoniaux sur l'œuvre collective sans avoir à prévoir un contrat de cession pour les salariés ayant participé à la création de l'œuvre. Ces derniers disposent toutefois du droit moral sur leur contribution respective. La jurisprudence se montre toutefois assez protectrice des employeurs, estimant qu'un contributeur peut agir isolément pour la défense de son droit moral, mais que ce droit trouve sa limite dans la nécessaire harmonisation de l'œuvre dans sa totalité.

L'agence peut également faire appel à des créateurs indépendants, ce qui contraint les agences à se plier à un autre type de contrainte juridique pour l'acquisition des droits.

2) Les créateurs indépendants

a) Principe de la cession des droits d'auteur des créateurs indépendants (art.

L 132-31 CPI)

L'agence conseil en publicité entretient avec les créateurs indépendants les relations nécessaires à la réalisation des messages publicitaires demandés par l'annonceur, dans le cadre de contrats de commande dont le régime est défini par l'article L.132-31 (al.1) du Code de la propriété intellectuelle : « dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée d'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support. »

De plus, seules sont concernées les œuvres de commande destinées aux campagnes de publicité, à l'exclusion du domaine des marques, sigles et logo.

Mais cette règle est l'exception. Elle ne concerne que l'hypothèse où le cessionnaire entend acquérir tous les droits pour toutes les utilisations. Si les droits acquis sont au contraire limités, cas le plus général en publicité, ce sont les règles du droit commun qui pourront être appliquées, l'œuvre pouvant alors être cédée définitivement et forfaitairement pour l'utilisation convenue.

b) Les droits patrimoniaux des auteurs indépendants

La rémunération proportionnelle sur les recettes provenant de la vente ou de l'exploitation n'est pas d'ordre public (art. 35 Loi du 11 mars 1957). De plus, elle ne concerne pas la publicité. Selon l'article L 131-4 CPI, le versement d'une participation proportionnelle peut être remplacé par un règlement forfaitaire car la publicité ne produit pas de recette de vente ou d'exploitation.

En pratique, l'établissement de la rémunération de l'auteur résulte d'un nombre de points déduits de l'importance de la diffusion de l'œuvre, en fonction de critères rigides. La valeur du point est, quant à elle, librement négociée. Une fois l'accord conclu, cette valeur ne semble pas pouvoir être remise en cause au titre de la lésion, dès lors que la rémunération n'a plus de caractère forfaitaire.

Mais la campagne est le fait d'une commande de l'annonceur, désireux de promouvoir sa marque ou un produit. Cette commande donne lieu à un contrat avec l'agence, et bien que la pratique en soit extrêmement courante, les questions afférentes aux conséquences juridiques de tels contrat sur la propriété des droits d'auteur n'ont toujours pas été résolues.

B. LES RAPPORTS ENTRE AGENCE ET ANNONCEUR

La création publicitaire présente souvent les caractéristiques d'une œuvre

collective, œuvre pour laquelle il n'est pas possible d'attribuer un droit déterminé à chaque participant (Loi du 11 mars 1957, article 9). Elle est la propriété de la personne morale ou physique sous le nom de laquelle elle a été divulguée.

Mais qui est cette personne morale dans le cas d'une campagne publicitaire ? Selon une certaine doctrine, il s'agit de l'annonceur, maître d'œuvre de la campagne (1). Mais on peut également penser que l'agence, sous le contrôle de laquelle la campagne est entreprise peut prétendre à la propriété des droits d'auteur sur l'œuvre qu'elle livre à son commanditaire (2).

1) L'annonceur titulaire des droits d'auteur

Le texte de l'article L 132-31 du Code de la propriété intellectuelle vise les contrats entre auteurs et producteurs. Mais la notion de producteur, inconnue de la pratique publicitaire, est une nouveauté de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985, si bien que compte tenu de l'imprécision des travaux parlementaires, on s'est demandé si le producteur était l'annonceur, en raison de son rôle de financement, ou bien l'agence de publicité, compte tenu de son rôle coordinateur, voire l'un et l'autre selon les circonstances. La jurisprudence est quant à elle fort rare mais peut paraître prendre partie en faveur de l'annonceur, qui aurait donc la qualité de producteur pour l'application de l'article L 132-31 du Code de la propriété intellectuelle.

a) L'impact de la jurisprudence « Perrier » sur la cession de droits aux annonceurs

Lorsque l'agence est cessionnaire des droits sur l'œuvre, il faut nécessairement tenir compte de la controverse relative à l'étendue de la protection du cessionnaire. Pendant longtemps, il fut admis que le cessionnaire pouvait revendiquer la protection résultant notamment de l'application de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Cette protection bénéficiait donc aux agences de publicité.

Mais l'arrêt dit « Perrier », du 13 octobre 1993, a sensiblement révolutionné la matière, même si sa portée est controversée. La Cour de cassation a en effet admis, d'une part, que l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle ne régit que les contrats consentis par l'auteur lui-même et non ceux qui sont conclus par les cessionnaires avec les sous-exploitant et, d'autre part, qu'ils ne bénéficient pas à une agence de publicité cessionnaire des droits patrimoniaux d'auteur. Cette décision, très défavorable aux cessionnaires de droits en général, puisqu'elle les écartent purement et simplement de la protection du Code de la propriété intellectuelle, reste toutefois d'application restreinte dans le domaine de la publicité car, bien souvent, l'agence n'est pas cessionnaire des droits, mais investie, ab initio, des droits au titre de l'œuvre collective. En ce cas, l'agence investie des droits d'auteur à titre originaire au titre de l'œuvre collective, peut revendiquer la propriété prévue par l'art L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle

qui ne paraît pas pouvoir être écartée lorsque l'œuvre a une telle nature. Il serait toutefois opportun que la question soit éclaircie en jurisprudence.

b) Une thèse confortée par le contrat type du 19 septembre 1961

La formule du contrat type élaboré par la Commission technique des ententes afin de régir les relations agences/annonceurs, et publiée au Journal officiel le 19 septembre 1961 contient une clause de cession automatique des droits à l'annonceur, libellée de la manière suivante : « L'exploitation par l'agent pour le compte de l'annonceur de tous les travaux de création publicitaire (tels que graphiques, littéraires ou artistiques) ou leur règlement, implique la cession automatique à l'annonceur de tous les droits de reproduction résultant notamment de la propriété littéraire et artistique, tels qu'ils sont définis par la législation en vigueur. »

On remarquera dès à présent que cette clause ne vise que les droits de reproduction, et non ceux de représentation, ce qui peut être de nature à faire douter de son application dans le domaine de la création publicitaire audiovisuelle et radiophonique.

On s'est tout d'abord demandé si cette clause de cession automatique n'était pas incompatible avec le principe de la prohibition de la cession globale d'œuvres futures (CPI, art. L. 131-1). Après quelques hésitations des juges du fond, la Cour de cassation devait finalement conclure à la compatibilité entre l'article IV du contrat type et l'article 33 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957, aujourd'hui article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle.

On s'est ensuite interrogé sur la compatibilité de cette clause avec l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, à supposer que ce texte trouve encore à s'appliquer dans les rapports entre agences et annonceurs. Rappelons à cet égard que l'arrêt « Perrier » ne s'est pas prononcé sur cette question, puisque, précisément, il écartait l'application du contrat type.

Plusieurs espèces incitent à penser que la Cour de cassation est très réservée quant à l'idée d'admettre une cession tacite et générale des droits à titre supplétif, car ce principe heurte les principes de protection posés par le Code de la propriété intellectuelle. Dès lors, si une cession « tous droits compris » n'est pas valable lorsqu'elle est insérée dans une convention, il n'y a aucune raison de la valider dans ce contrat type, qui doit, lui aussi, être conforme aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle. À l'origine, le contrat type ne constatait que des usages, ainsi qu'il résulte de son préambule. Mais la jurisprudence a majoritairement décidé que cette formule type avait une valeur d'usage, supplétive de la volonté des parties. Il convient cependant de relever que la Cour de cassation accorde, sur ce point, un pouvoir souverain d'appréciation aux juges du fond, et il est bien certain que l'entrée en vigueur de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin », qui oblige les parties à rédiger des écrits, aura pour conséquence inéluctable de limiter à l'avenir le jeu des dispositions supplétives.

Ainsi, on peut se demander si la thèse selon laquelle l'annonceur est propriétaire des droits incorporels sur l'œuvre publicitaire commanditée à l'agence est toujours d'actualité.

2) L'agence titulaire des droits incorporels sur les créations

Selon l'article L.111-3 du Code de la propriété intellectuelle : « La propriété incorporelle définie à l'article L.111-1 (cette propriété consistant principalement dans le droit de reproduction) est indépendante de la propriété de l'objet incorporel ; l'acquéreur de cet objet n'est investi du fait de cette acquisition d'aucun des droits prévus par le présent code... »

Ainsi, suivant cette disposition, les annonceurs ne sont jamais fondés à réclamer aux agences les droits attachés aux créations et notamment celui de reproduction à moins que ces droits ne leur aient été formellement cédés.

Les droits de l'agence peuvent reposer encore sur une autre disposition du code, à savoir l'article L.113-1 qui édicte : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». Or, c'est évidemment sous le nom des agences que les créations sont diffusées.

On remarquera ici tout le soin du Code de la propriété intellectuelle à reconnaître la qualité d'auteur (sauf preuve contraire) à ceux qui ont publié ou divulgué sous leur nom.

L'article L. 113-2 qui traite des œuvres collectives porte que : « Les œuvres collectives sont celles créées sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui les édite, les publie et les divulgue sous sa direction et son nom. »

Et l'article L.113-5 ajoute que ces œuvres « sont la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elles sont divulguées ».

Il est donc certain que lorsqu'une agence conseil en publicité, éditeur ou imprimeur publicitaire, a créé un dessin ou qu'elle l'a fait créer ou qu'elle en est devenue cessionnaire à un titre quelconque, elle conserve sur cette création tous les droits d'auteur, tandis que l'annonceur qui a commandé le dessin, même spécialement pour un usage personnel, ne peut prétendre qu'à la seule propriété des objets matériels qui lui ont été cédés tels que des affiches, catalogues, etc.

Si en conséquence, l'annonceur, ayant utilisé les objets livrés, a besoin de s'en procurer d'autres semblables, il doit alors s'adresser à la même agence conseil en publicité, imprimeur ou éditeur, détenteur des droits d'autrui.

En résumé, il ne suffit nullement à l'annonceur de commander des objets sur lesquels portent des droits de propriété artistique pour prétendre en même temps à la propriété desdits droits.

Bibliographie :

Jurisqueuseur fascicules :

Propriété littéraire et artistique 1350, 1310, 1135, 1116, 1159

Contrats- distribution:4010, 4210

Concurrence- consommation : 160, 227

Communication: 6090

Lamy Droit de la communication

Droit de la création publicitaire, Ch. Bigot, LDGJ 1997

La publicité et la loi, Pierre Greffe/François Greffe, édition Litec