



HAL
open science

La protection des oeuvres publicitaires par le droit d'auteur en France

Sylvain Chatry

► **To cite this version:**

Sylvain Chatry. La protection des oeuvres publicitaires par le droit d'auteur en France. 2015. hal-01301179

HAL Id: hal-01301179

<https://hal.science/hal-01301179>

Submitted on 12 Apr 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La protection des œuvres publicitaires par le droit d'auteur en France

Sylvain Chatry, maître de conférences à l'Université de Perpignan *Via Domitia*

Centre de droit de la concurrence Yves Serra (CDED EA 4216)

Institut de recherche en droit privé (EA 1166)

Version française de l'article La propiedad intelectual de la obra publicitaria en Francia, in *Publicidad y derechos de autor en algunos países de Europa*, sous la dir. de M. A. Encabo Vera, éd. Aracne, 2015, p. 69.

Une œuvre comme les autres. Une publicité laisse rarement indifférent : elle peut interpeler, choquer, interroger, émouvoir, surprendre, gêner, extasier, à l'instar d'une œuvre d'art classique telle qu'un tableau, une musique ou une sculpture. Chacun d'entre nous se souvient de publicités célèbres à partir du personnage mis en scène (Mr Propre), du slogan (*Just do it*), d'un style graphique (Biscuiterie LU) ou encore d'un support (homme-sandwich), comme un roman, un film ou une œuvre d'art contemporain peut marquer les esprits. Une publicité serait donc une œuvre comme les autres, à la différence près qu'elle porte le message du produit¹. Son sens commun suffit à délimiter le champ de l'étude comme l'« ensemble des moyens employés pour promouvoir un produit »². L'assimilation de la publicité à une œuvre constitue un enjeu économique et soulève des interrogations juridiques.

Enjeu économique. La publicité est inhérente à l'activité économique car elle permet, selon l'étymologie de la notion, de « rendre publiques » les informations d'une entreprise relatives aux produits ou services qu'elle propose. En 2013, l'ensemble des dépenses publicitaires en France dépassait treize milliards d'euros³. Sans publicité, les produits ou services, quelle que soit leur attractivité, n'atteindraient pas leur clientèle. Elle constitue un vecteur de communication conférant une identité aux produits ou services et permet de construire la réputation et la renommée de l'entreprise. La publicité attire la clientèle, élément essentiel de l'entreprise. C'est pourquoi le législateur français et européen a encadré son utilisation pour s'assurer d'une certaine loyauté dans les relations de concurrence et protéger les consommateurs des publicités trompeuses. Sa protection par un droit exclusif tel que le droit d'auteur constitue un atout non négligeable pour défendre toute reproduction ou imitation par les concurrents.

Enjeu juridique. Pendant longtemps, le droit d'auteur ne réservait pas un sort particulier aux œuvres en matière de publicité. Le domaine compréhensif de la protection tel qu'il résulte depuis plus d'un siècle du principe d'indifférence de la destination des œuvres permettait une telle protection sans distinction aucune. D'ailleurs, aucun texte de droit international ne

¹ J. Carbonnier, Conclusion, in *Publicité et droit d'auteur*, colloque de l'IRPI, Litec, 1990, p. 101.

² <http://www.cnrtl.fr>

³ <http://www.irep.asso.fr/marche-publicitaire-chiffres-annuels.php>

prévoit de dispositions spécifiques⁴. Le droit de l'Union européenne n'en contient pas davantage, d'autant plus que la directive 2001/29⁵ ne définit pas l'objet de la protection par le droit d'auteur. Il en résulte que la jurisprudence de la Cour de justice n'a jamais eu l'occasion de statuer sur la spécificité des œuvres publicitaires. C'est pourquoi l'analyse de la protection des œuvres publicitaires par le droit d'auteur sera effectuée principalement au regard du droit français.

Code de la propriété intellectuelle. Le droit français de la propriété intellectuelle contient peu de référence à la publicité telle que nous l'avons définie⁶. Seules deux occurrences pertinentes peuvent être relevées en droit d'auteur. Une première relative à la cession légale du droit de reproduction par reprographie pour inclure la publicité parmi les destinations possibles des reproductions réalisées⁷. Une seconde relative au contrat de commande pour la publicité pour encadrer spécifiquement les questions de titularité des droits dans les relations entre l'agence de publicité et le créateur de la publicité⁸. Si le législateur a pris le soin de créer un régime *sui generis*, c'est qu'il reconnaît la particularité des œuvres publicitaires. Sans étonner, le droit commun d'auteur s'applique pour déterminer la protection de ces œuvres, mais sa mise en œuvre est particulière en raison de leur destination publicitaire.

Destination publicitaire. Les œuvres publicitaires sont conçues pour promouvoir un produit ou service dans le cadre d'une campagne publicitaire. L'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». On doit ce principe d'indifférence à la théorie défendue par Pouillet, dite « de l'unité de l'art », selon laquelle « la loi doit être uniforme pour toutes les œuvres qui tiennent à l'art, et qui, de près ou de loin, en procèdent »⁹. Pouillet pensait d'abord à intégrer les dessins et modèles utilitaires dans le giron du droit d'auteur, mais la règle vaut, au-delà, pour tous types d'œuvres, y compris les œuvres publicitaires. Et pourtant, force est de

⁴ Que ce soit la Conv. de Berne du 9 sept. 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ou l'Accord de Marrakech du 15 avr. 1994, annexe 1C, accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

⁵ Dir. n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*JOCE*, n° 167, 22 juin 2001, p. 10).

⁶ On peut toutefois noter que le législateur français a récemment (loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* 18 mars 2014, p. 5400) inséré au sein du Livre VII relatif aux marques et autres signes distinctifs un nouveau Titre III aux fins de protection des « indications relatives aux services publics » lors de leur utilisation dans « des publicités, quel qu'en soit le support, et pratiques commerciales relatives aux prestations de dépannage, réparation et entretien dans le secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison » (CPI, art. L. 731-1 et s.). On peut douter de l'opportunité de cet ajout qui relève plutôt du droit de la consommation et qui dénature le Code de la propriété intellectuelle : v. C. Caron, *Comm. com. élect.* 2014, repère 7.

⁷ CPI, art. L. 122-10.

⁸ CPI, art. L. 132-31. V. la contribution de S. Le Cam dans cet ouvrage.

⁹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrication*, 4^e éd., Marchal et Billard, Paris, 1903, Introduction à la 2^e éd., p. XII.

constater que si le principe d'indifférence permet d'englober indifféremment toutes les œuvres, leur nature influera en pratique sur la reconnaissance de la protection : la condition d'originalité sera plus ou moins exigeante ; les règles de titularité seront plus ou moins rigoureuses ; l'étendue de la protection variera... C'est en ce sens que se révèle l'intérêt d'une étude sur la protection des œuvres publicitaires par le droit d'auteur en France dont la spécificité peut être analysée quant aux conditions de protection d'une œuvre publicitaire (I) et quant à la titularité des droits sur celle-ci (II).

I. Les conditions de protection d'une œuvre publicitaire

Diversité des œuvres publicitaires. Une bonne publicité marque l'esprit du client et se démarque de la communication commerciale des concurrents. Ainsi, les annonceurs, soutenus par les agences de publicité, doivent redoubler d'imagination quant au message à transmettre et quant à la manière de l'exprimer. Il en résulte une grande diversité des œuvres publicitaires dont leur protection interroge l'application des règles communes du droit d'auteur. Suivant une approche classique du droit d'auteur, la protection des œuvres publicitaires est soumise à une identification délicate de la forme de l'œuvre (A) et une appréciation éclatée de l'originalité (B).

A. L'identification délicate de la forme de l'œuvre publicitaire

Forme et idée. Le Code de propriété intellectuelle est avare en définition concernant les conditions de protection par le droit d'auteur, confiant à la prudence du juge la tâche de les identifier et d'en apprécier la satisfaction. Une seule condition expresse sert de point de départ à la réflexion : le droit d'auteur protège une « œuvre de l'esprit »¹⁰. Il n'existe aucune définition légale ou conventionnelle de la notion¹¹. Il convient donc de s'appuyer sur la doctrine pour la définir comme une « réalisation de forme »¹². La jurisprudence considère dans le même sens que « le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication »¹³. L'exigence d'une forme, délicate à cerner, a pour but premier d'exclure les idées de la protection par le droit d'auteur en considérant, selon la formule classique,

¹⁰ La notion d' « œuvre de l'esprit » est apparue avec la loi n° 57-298 du 11 mars 1957. Les textes antérieurs faisaient référence aux « ouvrages » : textes reproduits in H. Desbois, *Le droit d'auteur*, Dalloz, 1950, *in fine*. Cette notion est utilisée à douze reprises dans le CPI, notamment aux art. L.111-1 et L.112-2.

¹¹ D. Gervais, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Librairie Droz, Genève, 1998, p. 9.

¹² O. Lalignat, Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur : œuvre et réalisation, *RRJ* 1994-3, p. 887.

¹³ Civ. 1^{re}, 10 déc. 2013, n° 11-19872 : inédit ; *Gaz. Pal.* 5 mars 2014, p. 16, obs. L. Marino ; *LPA* 2014, n° 38, p. 7, note V. Tellier-Cayrol ; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 13, note C. Caron ; *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 51, obs. J.-M. Bruguière. Les juges de la Cour de cassation ont en l'espèce énoncé cette règle pour refuser la protection de la fragrance d'un parfum.

qu'elles sont de libre parcours¹⁴. Il en résulte que l'idée publicitaire ne peut être protégée tant qu'elle n'a pas été formalisée. La règle est d'autant plus justifiée que la réservation d'une idée par un acteur économique porterait gravement atteinte à liberté du commerce et de l'industrie¹⁵. Or, les publicités se situent bien souvent aux confins entre l'idée et la forme.

Exclusion des idées publicitaires. La mise en œuvre de la règle se révèle assez redoutable. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer « qu'une simple idée publicitaire, fût-elle originale, ne saurait être susceptible d'appropriation en elle-même »¹⁶. L'exclusion a été maintes fois retenue par le passé¹⁷. Le tribunal civil de la Seine a ainsi refusé de protéger l'idée d'une affiche représentant un globe terrestre dans deux verres de lunette pour promouvoir un quotidien¹⁸. Depuis une dizaine d'années, les litiges se font plus rares. La protection a été refusée à l'idée de mettre en scène des animaux dans des attitudes figuratives pour représenter différentes activités humaines¹⁹. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a rejeté la protection de l'idée consistant à présenter un sac de couchage accroché à une porte pour exclure la contrefaçon d'une photographie l'exécutant²⁰. On peut penser que la pratique a assimilé la règle et s'attache à concrétiser l'idée avant de la divulguer. Toujours est-il que « la frontière entre le monde de la spéculation et celui de la création »²¹ est difficile à tracer. Pour reprendre la thèse de Desbois, le processus créatif de l'œuvre ne doit pas s'arrêter à la première étape de la conceptualisation, mais doit se poursuivre par les deux étapes suivantes de composition et d'expression²². C'est ainsi que l'idée d'associer des montres et des sportifs pour promouvoir des montres chronographes n'est pas protégeable, mais le film publicitaire, qui « développe une idée dans une forme particulière, dotée d'une structure, d'un rythme et d'une composition qui lui sont propres »²³, pourra être protégé. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'œuvre soit achevée²⁴. Les travaux préparatoires (ébauches, esquisses, brouillon), appelés *roughs* dans le langage publicitaire, sont susceptibles d'être protégés²⁵ dès lors qu'ils parviennent à une précision suffisante²⁶.

¹⁴ Sur l'origine de la formule : A. Lucas, *Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Œuvres publicitaires*, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1159, n° 9.

¹⁵ X. Linant de Bellefonds, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2004, n° 230.

¹⁶ Com., 16 juin 1964 : *JCP G* 1965, II, 14059 ; *Ann. propr. ind.* 1965, p. 279.

¹⁷ Pour des exclusions antérieures : v. A. Lucas, préc., n° 20. V. aussi X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 105.

¹⁸ T. civ. Seine, 17 oct. 1956 : *Gaz. Pal.* 1957, 2, p. 310 ; *D.* 1956, somm. p. 172.

¹⁹ T. com. Paris, 6 févr. 2004, cité par P. Wilhelm et C. Bettati, *La protection des idées publicitaires*, *Légipresse* 2008, n° 248, II, p. 1, spéc. note 20.

²⁰ CA Paris, ch. 4, sect. B, 22 juin 2007, n° 06/11897 : *JurisData* n° 2007-342591.

²¹ A. Lucas, préc., n° 15.

²² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1978, p. 11. V. aussi A. Françon, *Où commence l'œuvre publicitaire ?*, in *Publicité et droit d'auteur*, colloque de l'IRPI, Litec, 1990, p. 7, spéc. p. 8.

²³ CA Paris, ch. 4, sect. B, 28 nov. 1997 : *JurisData* n° 1997-024506.

²⁴ CPI, art. L. 111-2.

²⁵ C. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n° 18.

²⁶ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd., PUF, 2012, n° 42.

Exclusion des procédés publicitaires. L'exclusion de l'idée publicitaire s'étend également aux procédés. Il est de jurisprudence constante que le droit d'auteur ne protège pas les méthodes qu'elles soient scientifiques, techniques, culinaires, pédagogiques ou publicitaires²⁷. Les juges ont pu refuser de protéger l'idée d'introduire des cartes à jouer dans des emballages de biscottes²⁸, de comparer la blancheur résultant d'un produit de lavage par rapport aux produits concurrents²⁹ ou encore de commercialiser des chèques-cadeaux dans un coffret³⁰. Très récemment, la Cour d'appel de Paris a eu à connaître de la revendication d'un procédé qui aurait pu servir à des fins publicitaires³¹. Une société souhaitait voir reconnaître la protection de l'idée de faire porter par des spectateurs dans une tribune des vêtements de couleur spécifique pour communiquer un message ou une image. Les juges d'appel ont considéré que le procédé ne différait guère de la pratique du « tifo » dans les stades qui consiste, dans un même but, à faire porter par le spectateur un carton, un drapeau, un étendard ou tout autre objet coloré. Ils ont ainsi conclu que le procédé « met en application une simple idée qui n'est pas susceptible d'appropriation ».

Recours à la concurrence déloyale. L'exclusion de la réservation de l'idée publicitaire par un droit privatif n'interdit pas pour autant de recourir au fondement de droit commun de la responsabilité civile délictuelle³². Le glissement du contentieux explique aussi le peu de décisions en matière de droit d'auteur sur ces questions alors qu'elles se multiplient en matière de concurrence déloyale³³. Il faut bien dire que les conditions d'une telle action sont plus accueillantes. Peu importe l'existence d'une forme, toute imitation d'une publicité peut être sanctionnée en cas de risque de confusion entre les publicités³⁴. Dans une affaire récente, un fabricant de jus de fruit a assigné un concurrent pour avoir repris l'idée publicitaire d'associer un fruit et la marque du fabricant du produit fini pour désigner des jus de fruits ou des desserts fruitiers notamment en conclusion d'une publicité audiovisuelle³⁵. Cela a donné l'occasion à la Cour d'appel de Versailles d'énoncer que « la reprise d'une idée publicitaire d'un concurrent, arbitraire et distinctive à l'égard de ses produits, peut constituer un acte de concurrence déloyale, si est caractérisé, au regard des dispositions de l'article 1382 du Code

²⁷ V. Ph. Gaudrat, *Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Notion d'œuvre*, *J.Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1134.

²⁸ CA Paris, 28 nov. 1958 : *Ann. propr. ind.* 1959, p. 186. V. A. Lucas, préc., n° 21 ; A. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, coll. Dalloz action, 2010, n° 205.53 ; P. Wilhelm et C. Bettati, préc., spéc. p. 3.

²⁹ CA Paris, 22 avr. 1969 : *D.* 1970, juris. p. 214, cité par P. Wilhelm et C. Bettati, préc., spéc. p. 3.

³⁰ T. com. Paris, 13 oct. 2006 : *Gaz. Pal.* 6 mai 2007, juris., p. 19.

³¹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 16 oct. 2013, n° 12/06709 : *JurisData* n° 2013-023723.

³² Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, *Rép. com.*, Concurrence déloyale. ; J. Passa et J. Lapousterle, *Domaine de l'action en concurrence déloyale*, *JCl. Concurrence – Consommation*, fasc. 240.

³³ V. les références cités in A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, n° 21 ; P. Le Tourneau, *Folles idées sur les idées*, *Comm. com. électr.* 2001, chron. 4, spéc. n° 24.

³⁴ V. aussi P. Wilhelm et C. Bettati, préc., spéc. p. 5 et s.

³⁵ CA Versailles, ch. 12, 18 févr. 2014, Andros, n° 12/07318 : *JurisData* n° 2014-002951.

civil, un comportement fautif par la création d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine des produits, préjudiciable à l'exercice paisible et loyal du commerce ». Elle retient en l'espèce que l'idée « n'est pas usuelle, mais au contraire distinctive des produits » du demandeur et retient l'existence d'un risque de confusion « par les ressemblances des visuels dans l'esprit du consommateur raisonnablement attentif et avisé ». La place du droit d'auteur pour protéger les œuvres publicitaires n'est cependant pas résiduelle. Certains auteurs critiquent l'opposition affichée entre l'idée et la forme en la considérant artificielle³⁶ ou peu utile³⁷. C'est qu'au-delà de la distinction, l'originalité est la seule condition véritablement discriminante, à tel point que l'idée originale ou le concept original, sans que l'on puisse prétendre le protéger en tant que tel³⁸, participe souvent de l'appréciation de l'originalité³⁹.

B. L'appréciation éclatée de l'originalité de l'œuvre publicitaire

Approche subjective et objective. L'appréciation de l'originalité conduit nécessairement à s'intéresser aux types d'œuvres publicitaires susceptibles d'être créées. Ces œuvres trouvent aisément leur place dans la liste non exhaustive des œuvres protégeables de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. Une œuvre publicitaire peut ainsi constituer une œuvre littéraire (slogan ; brochure⁴⁰), une composition musicale (jingle), une œuvre radiophonique ou cinématographique (spot publicitaire), une œuvre de dessin (affiche), une œuvre photographique (catalogue), ou encore une œuvre d'art appliqué (conditionnement⁴¹ ; vitrine⁴²)⁴³. Il devrait alors en résulter une appréciation classique de la condition d'originalité⁴⁴ comme, selon le droit français, l'empreinte de la personnalité de l'auteur⁴⁵. Le droit de l'Union européenne ne semble pas y déroger en définissant l'œuvre originale comme

³⁶ P. Le Tourneau, préc., spéc. n° 9.

³⁷ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Lexisnexis, 2013, n°s 66 et s.

³⁸ V. soutenant sa protection : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 45 ; R. Lindon, L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation, *JCP* 1970, I, 2295.

³⁹ V. par exemple en matière de slogan : CA Paris, ch. 4, 30 avr. 1963 : *Ann. propr. ind.* 1964, p. 280 ; CA Versailles, 12^e et 13^e ch. réun., 17 mai 1994, Atal c/ Demnard : *D.* 1995. somm. 53, note C. Colombet ; CA Paris, ch. 14, sect. B., 21 sept. 2007, n° 07/04726 ; *JurisData* n° 2007-351517.

⁴⁰ CA Pau, ch. 1, 18 sept. 2006, n° 03/01909 : *JurisData* n° 2006-313407 ; CA Aix-en-Provence, ch. 2, 4 juin 2009, n° 07/03185 : *JurisData* n° 2009-008807.

⁴¹ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 8 mars 2012, n° 08/15882 : *JurisData* n° 2012-005486.

⁴² Civ. 1^{re}, 23 févr. 1994, Well : *Bull. civ. I*, n° 79 ; *JCP* 1994 IV, n° 1106 ; *Gaz. Pal.* 19 oct. 1994, n° 292-293, somm. p. 9.

⁴³ Pour une présentation détaillée des types d'œuvres publicitaires : v. A. Bertrand, *op. cit.*, n° 205.11 et s. ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n°s 231 et 232 ; C. Bigot, *op. cit.*, n°s 38 et s.

⁴⁴ V. C. Bernault, *Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Règles générales*, *JCl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1135.

⁴⁵ H. Desbois, *Le Droit d'auteur, Droit français, Convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950, n° 122. Pour des applications à des œuvres publicitaires : v. A. Lucas, préc., n°s 29 à 31.

une « création intellectuelle propre à son auteur »⁴⁶ et en exigeant que la création « reflète la personnalité de l'auteur »⁴⁷. Mais, à l'instar d'autres œuvres (logiciel, art appliqué, photographie...), le genre de certaines œuvres publicitaires, ainsi que leur destination, ont conduit la jurisprudence à une certaine objectivation de l'originalité, entendue comme l'absence de banalité⁴⁸. Il s'agit alors de rechercher l'existence d'un minimum de créativité. En ce sens, des projets d'affiches publicitaires vantant l'apport d'un professeur dans l'apprentissage de la lecture, des mathématiques et de langues ont été protégés en ce qu'ils « révèlent, par leur composition d'ensemble à partir du concept retenu, un effort créatif qui fait leur originalité »⁴⁹. La recherche confine parfois à la caractérisation de l'apparence propre et de l'absence d'antériorité⁵⁰, notions en principe étrangères au droit d'auteur. Deux types d'œuvres publicitaires retiennent particulièrement l'attention : le slogan et la photographie.

Slogan publicitaire. Le droit d'auteur protège les œuvres littéraires sans tenir compte de leur longueur, ce qui explique qu'un slogan publicitaire puisse être protégé. Mais la brièveté qui caractérise un slogan rend plus difficile la caractérisation de l'originalité⁵¹. En outre, l'intérêt d'un slogan ne réside pas tant dans son originalité que dans sa capacité à attirer la clientèle⁵², ce qui dévoie encore un peu plus l'appréciation. Deux exemples récents permettent de s'en convaincre⁵³. La protection a été obtenue pour le slogan « Temporaire, mais pas précaire » au bénéfice d'une société de travail par intérim au motif « que, si cette idée est en effet communément répandue dans ce secteur d'activité (...), il n'en demeure pas moins que sa formulation dans une expression frappante et ramassée destinée à frapper les esprits, dont il n'existe pas d'équivalent antérieur, doit être regardée comme originale »⁵⁴. En revanche, la protection a été refusée à une société qui entend aider les étudiants à la location de logement pour le slogan « Le N°1 du logement étudiant » « dès lors qu'il n'est que la reprise de termes

⁴⁶ V. par exemple, en matière de photographie, dir. 93/98/CE, 29 oct. 1993, abrogée par dir. 2006/116/CE, 12 déc. 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 6.

⁴⁷ CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, § 94, Eva-Maria Painer ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 26, obs. C. Caron ; *Europe* 2012, comm. 97, obs. L. Idot ; *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 30, obs. A. Lucas ; *Dr. et patrimoine* 2012, n° 218, p. 84, obs. D. Velardocchio ; *JDE* 2012, n° 189, p. 146, obs. V.-L. Benabou ; *RIDA* avr. 2012, p. 324, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2012, n° 291, p. 161, obs. J. Antippas ; *RLDI* 2012, n° 78, p. 14, obs. L. Costes et n° 80, p. 14, obs. V. Dahan et C. Bouffier ; *D.* 2012, p. 471, note N. Martial-Braz ; *RTD com.* 2012, p. 109 et 118, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁴⁸ A. Lucas, préc., n° 28.

⁴⁹ CA Paris, ch. 14, sect. B., 21 sept. 2007, préc.

⁵⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 26 avr. 2013, n° 11/21989 : *JurisData* n° 2013-010407.

⁵¹ A. Françon, préc., spéc. p. 12

⁵² C. Bernault, préc., n° 75.

⁵³ Pour d'autres exemples : A. Lucas, préc., n° 36 ; A. Bertrand, *op. cit.*, n° 205.14 ; J. Passa, Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur, *Prop. intell.* 2005, n° 14, p. 31 ; P. Tréfigny-Goy, Le paradoxe révélé dans la réservation des titres et des slogans, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, sous la dir. de J.-M. Bruguière, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 17 ; S. Thierry, La protection des marques verbales par le droit d'auteur, in *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum G. Bonet*, Litec/IRPI, n° 36, 2010, p. 513, spéc. p. 515.

⁵⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 19 mai 2010, n° 09/05483 : *JurisData* n° 2010-017396.

banals, décrivant une activité et insistant sur la position première de l'annonceur, ce qui est plus qu'habituel, les annonceurs utilisant la publicité faisant rarement accroire qu'ils sont les plus mauvais ou même seulement les seconds dans leur domaine »⁵⁵. Si l'exclusion de la protection du second slogan est justifiée au regard de la liberté d'utiliser des formules habituelles, la protection du premier slogan ne va pas nécessairement de soi. On comprend *a minima* que le slogan doit révéler un sens aigu de la formule qui peut se traduire notamment par un « jeu de mots nullement banal »⁵⁶. Il ressort de la jurisprudence un sentiment, si ce n'est d'arbitraire, au moins d'imprévisibilité qui incite les professionnels à trouver d'autres fondements. En ce sens, la protection par le droit des marques n'est pas exclue par principe dès lors que le slogan est apte à garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services qu'il désigne⁵⁷, auquel s'ajoute la sanction au titre de la concurrence déloyale⁵⁸.

Photographie publicitaire. La question des photographies publicitaires démontre également la singularité des œuvres publicitaires. Il faut insister sur le fait qu'une photographie publicitaire se définit d'abord par son genre photographique pour affirmer que l'appréciation de l'originalité n'est pas différente. Il s'agit de rechercher les choix libres et créatifs du photographe. Libres, les choix doivent s'affranchir des choix imposés par la technique, par le sujet ou par un tiers. Créatifs, les choix peuvent s'exprimer lors de la phase préparatoire, lors de la prise de vue, et/ou lors du tirage de la photographie⁵⁹. Il en résulte qu'une photographie de chaussures mocassins posées sur des rondins de bois est protégée lorsque le choix de la mise en scène et l'éclairage « résulte d'une recherche d'ordre esthétique qui magnifie le lustrage et la couleur fauve du cuir et que le cadrage est le fruit d'un parti pris destiné à faire ressortir la ligne élancée des chaussures ». Toutefois, ces photographies dites de *pack-shot*, qui consistent à reproduire un produit pour en faire la publicité au moyen d'un affichage ou dans un catalogue, peuvent être exclues de la protection. Il résulte en effet de la jurisprudence que les photographies qui reproduisent des objets de consommation courante ne sont pas protégées lorsqu'elles se limitent à une reproduction fidèle de l'objet⁶⁰. L'absence de tout décor ou l'absence de retouches postérieures tend à exclure la photographie du champ d'application du droit d'auteur. Dans cette hypothèse, les choix opérés par le photographe « obéissent à des impératifs techniques justifiés par la nécessaire mise en valeur des produits »⁶¹. Il en résulte que, pour obtenir la protection, le photographe publicitaire doit

⁵⁵ CA Montpellier, ch. 2, sect. A, 12 avr. 2005, n° 04/03481 : *JurisData* n° 2005-291853.

⁵⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 17 juin 2011, n°10/12092 (protection du slogan « un nom pour un oui »): *PIBD* 2011, n° 946, III, 563 ; *Propr. ind.* 2011, comm. 80, obs. P. Tréfigny-Goy.

⁵⁷ CJUE, 1^{re} ch., 21 janv. 2010, Audi AG, aff. C-398/08, pt. 35 (« *Vorsprung durch technik* » / « Avance par la technique » enregistré pour des voitures) : *curia.europa.eu* ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 34, obs. C. Caron ; *LEPI* mai 2010, p.5, obs. J.-P. Clavier.

⁵⁸ *V. supra.*

⁵⁹ V. S. Chatry, *Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Protection des photographies*, *JCl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1150.

⁶⁰ Par exemple, CA Paris, ch. 4, 10 sept. 2008, n° 07/05030 : *Propr. intell.* 2009, n° 30, p. 47, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2008, p. 743, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁶¹ CA Rennes, 2^e ch. com., 23 mai 2006, n° 04/07667 : *JurisData* n° 2006-31453.

« établir qu'il a joué un rôle déterminant sinon exclusif dans la série des actes préparatoires à la prise du cliché »⁶².

Étendue de la protection. L'appréciation éclatée de l'originalité des œuvres publicitaires n'est pas sans conséquence sur la protection par le droit d'auteur. Certes, il est un principe de droit d'auteur français, également énoncé par le juge de l'Union européenne⁶³, qu'il ne doit pas être tenu compte du degré d'originalité pour admettre la protection : une œuvre est ou n'est pas originale, et en conséquence, elle bénéficie ou ne bénéficie pas de la protection par le droit d'auteur. Toutefois, en pratique, le degré d'originalité déterminera l'étendue de la protection d'une œuvre⁶⁴, en ce sens qu'il en sera tenu compte dans la qualification de la contrefaçon. En effet, le succès d'une action en contrefaçon est subordonné à la reprise des traits caractéristiques originaux de l'œuvre contrefaite⁶⁵. Or, bien souvent en matière publicitaire, seule la reproduction servile sera constitutive de contrefaçon⁶⁶, renvoyant l'imitation dans le champ de la liberté d'exploitation.

II. La titularité des droits sur une œuvre publicitaire

Multiplicité d'acteurs. La situation de l'œuvre publicitaire marque encore sa singularité lorsqu'il est question d'identifier le ou les titulaires des droits. Différents protagonistes y prennent part⁶⁷. Un annonceur décide de promouvoir ses produits ou ses services. Dans la plupart des cas, il a recours à une agence de publicité pour concevoir des objets publicitaires et organiser leur diffusion. Un premier « *brief* client » est effectué avec la cellule commerciale. Le projet est ensuite confié à un binôme création constitué d'un concepteur-rédacteur et d'un directeur artistique, salariés de l'agence, lesquels vont chercher des idées et penser à leur expression visuelle. Si besoin, le projet est confié à des créateurs indépendants (photographes, illustrateurs,...) ou à des sociétés prestataires (par exemple, société de production audiovisuelle). Ainsi, les idées peuvent provenir de différents intervenants, elles sont mises en forme dans le cadre d'un plan de travail créatif impliquant d'autres personnes. La présentation des maquettes à l'annonceur pourra encore donner lieu à un retravail. Il s'agit donc de déterminer la part de chacun dans le processus de création et d'envisager les modalités de cession des droits pour une exploitation paisible de l'œuvre publicitaire qui en résulte. Les règles de droit commun doivent, ici aussi, être appliquées. Mais elles sont malmenées par la jurisprudence, particulièrement en matière publicitaire⁶⁸. La faveur de principe à l'auteur personne physique que justifie la conception personnaliste « à la française » (A) laisse place en pratique à la faveur faite à l'agence de publicité ou à

⁶² *Ibid.*

⁶³ CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, Eva-Maria Painer, préc., § 97.

⁶⁴ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 326.

⁶⁵ Civ. 1^{re}, 16 juill. 1987, n° 85-15-128 : *Bull. civ. I*, n° 225.

⁶⁶ Par exemple, Civ. 1^{re}, 23 févr. 1994, préc.

⁶⁷ V. L. Chomar, *La publicité*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 25.

⁶⁸ Et plus généralement pour les œuvres d'art appliqué.

l'annonceur en raison des nécessités économiques de l'exploitation de l'œuvre publicitaire (B).

A. La faveur de principe au(x) créateur(s)

Auteur(s) personne(s) physique(s). De manière classique, la qualité d'auteur appartient à la ou les personne(s) physique(s) qui ont créé l'œuvre⁶⁹. De cette qualité découle l'attribution de la titularité initiale⁷⁰. La conception humaniste du droit d'auteur en droit français justifie la règle par l'existence d'un "lien ombilical" entre l'auteur et son œuvre. Appliqué à l'œuvre publicitaire, cela signifie qu'il faut identifier les auteurs, qu'ils soient salariés de l'agence de publicité, salariés d'une société prestataire ou prestataires indépendants. Les « corps de métiers » sont aussi divers que le sont les œuvres publicitaires : dessinateur, maquettiste, infographiste, réalisateur, compositeur, photographe... Encore faut-il que ces auteurs puissent prouver leur paternité sur la création. Pour alléger la charge de la preuve, le législateur a instauré une présomption de la qualité d'auteur du fait de la divulgation de l'œuvre sous son nom⁷¹. Mais au cours du processus de création et des échanges entre les différents protagonistes, les précautions ne sont pas nécessairement prises pour identifier la paternité de l'œuvre. Par exemple, un photographe n'a pu démontrer sa paternité à l'égard d'un slogan en soumettant aux juges une copie d'écran de son propre ordinateur et des échanges de courriels ne la révélant pas expressément⁷². Mais le lien entre l'auteur et l'œuvre publicitaire n'est pas aussi intense que pour d'autres œuvres dès lors qu'il s'agit avant tout pour l'auteur de transmettre un message publicitaire et un non un message personnel. C'est pourquoi la jurisprudence dévie parfois des fondamentaux du droit d'auteur pour reconnaître, notamment en matière publicitaire, qu'une œuvre témoigne de « l'empreinte de la société »⁷³. Il faut proscrire ce type de raisonnement, car il en résulterait inéluctablement l'attribution de la qualité d'auteur à une personne morale.

Directives d'un tiers. L'activité de création, et notamment publicitaire, est rarement le fait d'une seule personne, mais celui d'un groupe de personnes, au sein duquel chacun pourra revendiquer la titularité du droit d'auteur. Le Code de la propriété intellectuelle encadre ainsi l'hypothèse de l'œuvre de collaboration à laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques⁷⁴. Il organise alors la propriété commune de l'œuvre qui doit être exercée d'un commun accord⁷⁵. Pour sa mise en œuvre, se pose la question de la participation effective à la

⁶⁹ Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-14402 : *Bull. civ. I*, n°67 ; *RD propr. intell.* 1991, n° 37, p. 93.

⁷⁰ CPI, art. L. 111-1.

⁷¹ CPI, art. L. 113-1. V. aussi la présomption spécifique de la qualité d'auteur en matière d'œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 113-7) et la contribution du Pr. C. Bernault dans cet ouvrage.

⁷² CA Paris, pôle 5, ch. 2, 30 mai 2014, n° 13/14849 : *JurisData* n° 2014-012535.

⁷³ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 8 mars 2012, préc.. Sur la confusion entretenue sur ce point par les juges du fond : A. Lucas, *Propr. intell.* 2008, n° 26, p. 96 ; A.-E. Kahn, Un an de droit de la mode, *Comm. com. élect.* 2008, chron. 8, n°6, et 2009, chron. 8, n° 3.

⁷⁴ CPI, art. L. 113-2 al. 1^{er}.

⁷⁵ CPI, art. L. 113-3.

création de la personne qui a émis des directives à partir desquelles l'œuvre a été réalisée⁷⁶. Il pourrait s'agir d'un salarié ou d'un dirigeant de l'annonceur ou de l'agence de publicité, ce qui vient considérablement compliquer l'attribution de la titularité et l'exercice futur des droits. La solution s'infère de la règle de l'exclusion de la protection des idées⁷⁷. Lorsque les directives sont suffisamment précises et impératives pour limiter ou annihiler la liberté de création de celui qui les exécute, elles permettent d'attribuer la qualité d'auteur. C'est le cas, en matière de photographies publicitaires, lorsque « la directrice artistique, et styliste, est la seule décisionnaire [et] que les photographes sont soumis, lors des shootings dont le thème, le lieu, les produits portés, les mises en scène sont déjà choisis par elle, à des instructions extrêmement précises »⁷⁸. A l'inverse, la qualité d'auteur sera refusée à celui qui émet des directives seulement partielles ou globales⁷⁹.

Indifférence de (presque) tout contrat. La place privilégiée de l'auteur personne physique est encore renforcée par le principe d'indifférence de tout contrat – contrat de travail, contrat de commande ou statut de fonctionnaire – dans l'attribution de la titularité initiale⁸⁰. Cela signifie que les œuvres créées par les salariés de l'agence de publicité ou par les commanditaires n'appartiennent pas par principe à l'agence de publicité. Les parties doivent nécessairement convenir d'une cession expresse du droit d'auteur. Une telle cession doit mentionner, à peine de nullité, chaque droit cédé et délimiter le domaine d'exploitation de l'œuvre quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée⁸¹. C'est la raison pour laquelle le législateur français a créé en 1985 le contrat de commande pour la publicité dans les relations entre l'agence de publicité ou l'annonceur et l'auteur pour prévoir une cession automatique du droit sous réserve du respect de certaines conditions⁸². Mais dans les relations entre les salariés et l'agence, entre la société prestataire et l'agence, ou encore entre l'annonceur et l'agence, la cession reste la règle de principe. Or le formalisme rigoureux est peu adapté à ces relations d'affaires. C'est pourquoi la jurisprudence a assoupli la conception classique en faveur de la personne qui a l'initiative ou qui exploite l'œuvre.

B. La faveur en pratique à l'agence de publicité ou à l'annonceur

Œuvre collective. La jurisprudence se montre de plus en plus favorable à attribuer la titularité initiale à la personne qui est à l'initiative de la création publicitaire, en l'espèce à l'agence de publicité. Conçue à l'origine comme une exception, la qualification d'œuvre collective est devenue de plus en plus accueillante. Selon l'article L. 113-2 du Code de la propriété

⁷⁶ V. C. Bigot, *op. cit.*, n^{os} 23 et s.

⁷⁷ V. *supra*.

⁷⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 mars 2013, n^o 12/09360 : RLDI 2013, n^o 92, p. 22.

⁷⁹ CA Paris, ch. 4, sect. A, 24 mai 2000 : *Légipresse* 2000, n^o 173, I, p. 75.

⁸⁰ CPI, art. L. 111-1.

⁸¹ CPI, L. 131-1 al. 1^{er}.

⁸² CPI, art. L. 132-31. Sur les parties au contrat de commande pour la publicité : Civ. 1^{re}, 8 déc. 2009, n^o 08-18360 : *Bull. civ. I*, n^o 239 ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 12, note C. Caron ; *RTD com.* 2010, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian.

intellectuelle, est titulaire du droit d'auteur la personne physique ou morale qui, sur son initiative, édite, publie et divulgue sous sa direction et son nom une œuvre dans laquelle la contribution des différents auteurs est fusionnée. Cette personne est alors « investie des droits de l'auteur » qui comprendront non seulement les droits patrimoniaux, mais aussi le droit moral⁸³. Or, le processus de création publicitaire convient parfaitement à une telle qualification⁸⁴. D'une part, l'agence de publicité est le maître d'œuvre de la création. Elle formule des « instructions créatives »⁸⁵, coordonne les différents intervenants et contrôle l'exécution de l'œuvre. D'autre part, le processus implique plusieurs créateurs, salariés ou tiers, qui apportent chacun leur contribution⁸⁶. L'agence de publicité est alors présumée être titulaire du droit d'auteur du fait de la divulgation de l'œuvre publicitaire sous son nom⁸⁷. Mais, en pratique, les agences de publicité revendiquent de moins en moins cette qualification depuis que la jurisprudence est plus souple en matière de cession de droit d'auteur.

Assouplissement du formalisme des cessions. L'assouplissement du formalisme des cessions du droit d'auteur trouve son terrain d'élection en matière publicitaire. Cet assouplissement vaut dans les relations entre l'agence et le tiers prestataire, mais aussi au bénéfice de l'annonceur. Ainsi, la Cour de cassation a validé la cession de droits entre une agence de publicité et un annonceur à partir du contrat-type régissant leurs rapports⁸⁸. Il est dorénavant de jurisprudence constante que de telles cessions peuvent être démontrées en rapportant tous types de documents contractuels tels que des devis, des commandes ou des factures⁸⁹. Le mouvement s'accroît depuis que les juges⁹⁰ semblent vouloir restreindre le domaine d'application de la règle à certains contrats énumérés à l'article L. 131-2 al. 2 (contrats de représentation, d'édition, de production audiovisuelle et autorisations gratuites d'exécution). Il en résulte par exemple qu'un contrat portant sur la réalisation de photographies n'est pas soumis au formalisme⁹¹.

⁸³ Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10132 : *Bull. civ. I*, n° 70 ; *Propr. Intell.* 2012, n° 44, p. 329, obs. J.-M. Bruguière et n° 45, p. 455, obs. P. de Candé ; *D.* 2012, p. 1246, note A. Latil ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 61, note C. Caron ; *RLDI* 2012, n° 83, p. 11, note T. Lancrenon.

⁸⁴ V. E. Parent, *op. cit.*, p. 39 ; C. Bigot, *op. cit.*, n° 116.

⁸⁵ V. V. de Barnier et H. Joannis, *De la stratégie marketing à la création publicitaire*, 3^e éd., Dunod, 2010, p. 51 et s.

⁸⁶ Par exemple : CA Versailles, ch. 1, sect. A, 15 mai 1997 : *JurisData* n° 1997-048043. V. aussi E. Parent, *op. cit.*, p. 38 ; C. Bigot, *op. cit.*, n° 119.

⁸⁷ CPI, art. L. 113-5.

⁸⁸ Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, n° 83-13114 : *Bull. civ. I*, n° 12 ; *RIDA* 3/1986, p. 128 ; *JCP G* 1987, II, 20872, note M. Plaisant ; *RTD com.* 1987, p. 198, obs. A. Françon. V. les références cités in A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 647.

⁸⁹ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2009, n° 08-18360 : *Bull. civ. I*, n° 239 ; *JurisData* n° 2009-050645.

⁹⁰ Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-19294 : inédit ; *JCP S* 2007, 1202, note L. Draï ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 2, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2007, p. 93, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2007, p. 363, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁹¹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 30 mai 2014, préc..

Présomption de titularité. En dernier recours, lorsque l'agence ou l'annonceur ne peut justifier d'aucune cession, peut enfin être invoquée une présomption prétorienne de titularité du fait de l'exploitation de l'œuvre. Cette présomption a pour objectif de permettre à une personne exploitant légitimement une œuvre de défendre en justice le droit d'auteur alors qu'elle ne peut démontrer avoir qualité à agir en contrefaçon. Issue de la présomption prévue en matière d'œuvre collective⁹², elle a été étendue à tous types d'œuvres⁹³. Il en résulte que l'exploitation paisible et non équivoque d'une œuvre confère, en l'absence de revendication de la ou des personne(s) physique(s) l'ayant réalisée, une présomption de titularité à l'égard des tiers recherchés en contrefaçon⁹⁴. La règle jurisprudentielle est fréquemment retenue notamment en matière publicitaire. Elle a notamment été retenue pour une maquette publicitaire exploitée par une agence de publicité⁹⁵ ou pour une brochure publicitaire exploitée par un annonceur⁹⁶.

Adaptabilité du droit d'auteur. Pour conclure, on retiendra que le droit d'auteur a su s'adapter à la diversité des créations qu'il est susceptible de protéger tant du point de vue des conditions de protection que de la titularité des droits. On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité de la protection des œuvres publicitaires par le droit d'auteur. A vouloir protéger un trop grand nombre d'œuvres, le droit d'auteur en perd son essence. Les principaux concernés ne s'y méprennent d'ailleurs pas en recherchant (préférant ?) d'autres fondements tels que le droit des marques ou la concurrence déloyale.

⁹² V. *supra*.

⁹³ Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, n° 91-16543 : *Bull. civ. I*, n° 126 : *RTD com.* 1995, p. 418, note A. Françon ; *JCP G* 1993, II, 22085, note F. Greffe ; CA Paris, ch. 4, sect. A, 26 sept. 2001 : *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 53, obs. P. Sirinelli.

⁹⁴ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-12886 : *Bull. civ. I*, n° 73 ; *D.* 2013, p. 1393, note S. Chatry.

⁹⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 27 mai 2009, n° 08/03851 : *JurisData* n° 2009-003699.

⁹⁶ CA Pau, ch. 1, 18 sept. 2006, n° 03/01909 : *JurisData* n° 2006-313407.