

L'Ours



Le bulletin illustré du droit pratique de la communication & des technologies de l'information

03 **Décembre 2012**

L'Ours est édité par FLP Avocats, association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle
19 rue Ampère - 75017 Paris. N° SIRET 531 163 939 00014 www.flpavocats.com
Tél. : 01 70 61 00 90 - contact@flpavocats.com. Directeur de la publication : Jean-Marie Léger.
Imprimé par Pure Impression. ISSN 2258-7241.
Ont contribué à ce numéro : Textes - Fanny Léger, Jean-Marie Léger. Illustrations - Leemage.
Conception/réalisation :  Éditions Factory - 01 46 99 93 93

« L'ours : encadré où doivent figurer, dans un journal ou une revue, la liste des collaborateurs et les mentions légales »
Le Petit Robert

Edito

Le droit d'auteur est-il en crise ?

Le droit de propriété existe depuis des millénaires ! Il traduit en langage civilisé un instinct naturel d'appropriation. Pourtant, ce n'est qu'à partir du XVI^e siècle que les créateurs se sont vus timidement attribuer certaines prérogatives sur leurs œuvres. Le droit d'auteur est de fait une création récente.

Son utilité sociale n'allait donc pas de soi. C'est que l'objet sur lequel il porte n'a pas de consistance physique. Là où la propriété se confond bien souvent avec la chose, le droit d'auteur subsiste indépendamment de son support. Il est abstrait, immatériel. Ce support qui pouvait encore donner prise à la saisie matérielle du plagiat s'est désormais volatilisé avec la numérisation. Jeune et impalpable, le droit d'auteur est donc fragile.

Pure création de l'esprit, indifférent au genre de l'œuvre et au mérite du créateur, nulle part répertorié à la différence d'une marque ou d'un brevet, subordonné à une originalité dont personne ne sait ce qu'elle est exactement, le droit d'auteur est méconnu.

Largement attribué par un juge, auquel la loi interdit de jouer les critiques d'art, soucieux de protection et point trop regardant sur l'originalité, le droit d'auteur est également victime de son succès. Que peut donc bien valoir un droit que peut revendiquer un publicitaire de talent tout comme un concepteur-rédacteur amateur ?

Effrontement ignoré par certains fondateurs de la nouvelle économie - comme s'il était envisageable de garnir son magasin de marchandises empruntées à son voisin -, massivement violé par des contrefacteurs qui s'ignorent dotés par la grâce de l'informatique d'imprimeries clandestines redoutables, le droit d'auteur prend l'eau de toute part comme un navire en plein naufrage.

Mais peut-on créer des contenus, informer, divertir et plus largement, communiquer, si le créateur et l'investisseur ne peuvent être rémunérés ? Oui, le droit d'auteur, dont on a sans doute jamais autant parlé, est en crise. Il cherche sa place et sa valeur au sein d'une révolution économique qui place pourtant l'immatériel au cœur de ses préoccupations. Finalement, le droit d'auteur n'est peut-être qu'en pleine crise d'adolescence !

Bonne lecture. ▶

Jean-Marie Léger

Sommaire

P.2 Marketing La protection des bases de données par le droit d'auteur
Médias La liberté d'expression face au monopole d'exploitation des auteurs

P.3 Entreprises de la communication La valorisation des droits d'auteur
Créations Qu'est-ce donc qu'une œuvre protégée ?

P.4 Professionnels de la com La délicate question de la titularité des droits d'auteur

]Du côté des tribunaux]Actu de la com au Journal Officiel



MARKETING

La protection des bases de données par le droit d'auteur

La compilation des coordonnées téléphoniques des consommateurs de lessive sans phosphate ou celle des coureurs cyclistes amateurs, constitue certes un travail conséquent nécessitant de surcroît des investissements non négligeables, mais ne présente pas, à première vue, d'apport créatif révélant la sensibilité propre de leur initiateur. Faute d'originalité au sens du droit d'auteur, le responsable de ces compilations se verra donc en principe refuser le bénéfice du droit d'auteur. C'est pourquoi, une directive européenne du 11 mars 1996 a créé pour ce type de bases de données un mode de protection spécifique et original réglementé aux articles L.341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

A coté de ce « droit des producteurs de bases de données » subsiste une place non négligeable pour une protection complémentaire au titre du droit d'auteur. Mais la base doit présenter l'originalité requise. L'originalité dont il est ici question n'est pas celle des données compilées - la question de la compilation d'œuvres protégées étant encore une autre histoire - qui n'en ont généralement aucune. L'originalité d'une base de données tient à sa présentation, à sa composition et à sa structure en ce qu'elles dénotent un effort intellectuel personnel. Ainsi un simple classement alphabétique des coureurs cyclistes amateurs ne présente aucune originalité. En revanche, pourra être reconnue originale la base de données qui permettra de combiner plusieurs critères de recherche tout en offrant l'accès à des données particulières - le type de vélo, la

fréquence des sorties, la tenue vestimentaire... - une présentation particulière des résultats de la recherche - présentation selon l'ancienneté de la pratique, les kilomètres parcourus... - et un mode de classement qui ne découlent pas naturellement du fonctionnement de ce type d'outils. Ainsi n'est pas protégeable au titre des droits d'auteur une base de données permettant de recruter des acteurs de la santé par le biais d'un site, « alors que les catégories et les critères retenus pour classer et rechercher les éléments collectés sont dictés par le sujet même de cette base de données et par son objet » (TGI Paris, 13 avril 2010, JurisData n°010805). En revanche, est originale une photothèque répertoriant les images selon différents critères.

La protection d'une base de données par le droit d'auteur a toutefois une portée limitée. C'est l'agencement de la base qui est protégé et non son contenu. S'agissant du contenu, l'auteur de la base pourra, le cas échéant, se prévaloir du droit des producteurs de bases de données qui lui permet d'interdire l'extraction et l'utilisation de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de sa base. A été ainsi jugée « qualitativement substantielle » par la Cour d'appel de Paris, la réutilisation au sein d'un article dans un magazine destiné aux distributeurs alimentaires de graphiques résultant du contenu d'une base de données mesurant les performances des enseignes de la grande distribution.

En protégeant l'architecture même de la base, le droit d'auteur pourra ainsi utilement compléter la protection de son contenu par le droit des producteurs de base de données. ▸

MEDIAS

La liberté d'expression face au monopole d'exploitation des auteurs



Si le droit d'auteur confère un monopole d'exploitation, peut-il faire échec à la liberté d'expression ? La loi permet d'ores et déjà de citer un auteur sans son autorisation. Sont en effet permises les « courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ». Outre, la brièveté de la citation - ce qui n'est pas le cas de la reprise intégrale d'un article, d'un poème ou d'une photographie, par exemple - cette dernière n'est possible que si elle s'intègre dans un support ayant l'un des caractères visés par la loi. Il faut en outre que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source. Un journal ou magazine d'information pourra ce de fait comporter des citations. En revanche, un document publicitaire ne le pourra pas. Enfin, la citation a un rôle illustratif et complète donc un propos personnel à celui qui cite. Un support qui ne serait constitué que de citations ne pourrait donc se prévaloir de cette exception légale.

De même, la loi autorise « la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une oeuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur ». Elle exclut en revanche les illustrations et les

photographies qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information. La formule, un peu obscure, vise à protéger les journalistes photographes ou illustrateurs. Cela étant, hors le secteur strictement entendu de l'information journalistique, cette faculté, là encore, ne pourra être invoquée par tous les médias.

C'est dire si la liberté d'expression n'est pas une dérogation générale aux droits exclusifs des créateurs. Ce n'est pas au demeurant la liberté d'expression qui motive les tribunaux lorsqu'ils autorisent la représentation accessoire d'une œuvre protégée. Ainsi l'apparition fugace d'une chaise au design original dans un film publicitaire ne constitue pas une contrefaçon. De même n'est pas contrefaisante l'apparition dans un film documentaire d'illustrations d'une méthode de lecture, une telle apparition étant accessoire au sujet traité. Ces décisions sont ici justifiées par le fait qu'il n'y pas d'atteinte aux droits des auteurs, leurs œuvres n'étant pas reproduites ou représentées pour elles-mêmes. Le caractère accessoire disparaît en revanche lorsque des sculptures sont filmées en gros plans.

En pratique, il n'est pas toujours aisé d'apprécier le caractère accessoire de la représentation d'une œuvre. Cela tient tout à la fois à la possibilité ou non d'identifier les caractéristiques originales de cette œuvre et à la place qu'elle occupe dans le support de communication, le second critère ayant, semble-t-il, plus d'importance que le premier. ▸

LES ENTREPRISES DE LA COMMUNICATION

La valorisation
des droits
d'auteur



John Holcroft

Internet a largement contribué à dévaloriser les droits d'auteur en donnant gratuitement accès à une masse considérable de textes, d'images et de sons pourtant protégés par le code de la propriété intellectuelle. Pourtant, nul ne songerait à leur daigner une valeur fonction de la qualité marchande de l'œuvre qu'ils concernent. Or, toute la difficulté réside précisément dans la valeur d'une création qui n'a, en soi, aucune utilité monnayable. Cette valeur dépend notamment de l'attrait qu'elle exercera ou n'exercera pas sur un public. C'est pourquoi, le code de la propriété intellectuelle a posé comme principe que la rémunération de l'auteur doit être fonction du succès commercial de son œuvre. Mais ce principe, de bon aloi pour un romancier, a ses limites notamment dans le secteur de la presse et de la communication publicitaire et institutionnelle, soit que l'œuvre n'est pas commercialisée (publicité, magazine d'entreprise, site institutionnel...), soit qu'elle s'intègre dans un ensemble qui lui fait perdre son individualité et donc sa valeur intrinsèque (quotidien d'information, magazine, sites avec accès payant...). De fait, il est rare que les droits d'auteur fassent l'objet d'une valorisation spécifique - hors l'achat d'art proprement dit - pour les créations destinées à des opérations de communication.

De manière générale, comme l'écrit Kelvin King sur le site de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (www.wipo.int), « les droits de propriété intellectuelle sont souvent sous-évalués, mal gérés

ou sous-exploités ». Pourtant les droits d'auteur, à la différence des biens matériels, peuvent faire l'objet d'un « découpage » propice à toute sorte de montages économiques. Les droits concédés peuvent être en effet délimités dans le temps, dans l'espace, quant aux supports et au tirage. A ces critères traditionnels, peuvent s'ajouter ceux liés aux usages autorisés (publicité média, marketing, com interne...) qui recoupent partiellement le critère des supports, aux langues d'exploitation, aux adaptations... En délimitant les modes d'exploitation autorisés, les partenaires contractuels s'ouvrent un champ de négociation qui autorise des modes diversifiés de rémunération, comme par exemple les rémunérations variables ou optionnelles, selon qu'un usage convenu a été ou non exploité.

Si le contrat de cession a généralement les faveurs du client, c'est, en réalité, l'exclusivité consentie qui constitue le critère déterminant. Ainsi une licence exclusive d'exploitation pour la durée de vie des droits d'auteur équivaut en pratique à une cession des droits. La cession intégrale des droits est en outre rarissime tant en raison du formalisme imposé par la loi que de l'utilité économique discutable de l'opération. A quoi bon acquérir des droits qui ne seront jamais exploités ? En tout état de cause, quel que soit le type de contrat adopté, il ne faut jamais perdre de vue les utilisations souhaitées et la valorisation respective de ce qui est nécessaire, optionnel et improbable. ▶

[CREATIONS]

Qu'est-ce donc qu'une œuvre protégée ?

L'identification des œuvres protégées est essentielle pour tous ceux qui façonnent ou assemblent des contenus en vue de leur exploitation. Elle conditionne en effet l'utilisation des règles et outils contractuels permettant de sécuriser juridiquement l'opération. C'est dire si les activités de communication sont ici directement concernées. Pourtant, l'œuvre protégée n'est pas définie par le législateur qui se borne à donner quelques exemples de créations (les livres, brochures, les compositions musicales, les photographies, les logiciels...). Au demeurant, cette liste (art. L.112-2 du CPI) non exhaustive ne signifie pas que les œuvres visées soient nécessairement protégeables. Encore faut-il qu'elles soient originales. Or, la notion d'originalité est particulièrement floue. Selon la jurisprudence, une œuvre est originale dès lors qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur. Elle est une réalisation humaine, concrétisée par une forme, exprimant la créativité de son auteur. Dès lors que l'œuvre est « originale », la protection s'applique quel qu'en soit « le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination » (art. L.112-1 du CPI) et sans qu'il soit nécessaire d'effectuer un dépôt ou une quelconque formalité. Appliquée à la communication, l'originalité est reconnue sans difficulté à des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles. Elle est également reconnue à des maquettes de journaux ou de magazines, à des articles, à des spots publicitaires, à des roughs, à des photographies, à des photomontages ou des sites internet. Mais la protection est parfois accordée à des œuvres moins évidentes soit en raison de leur consistance, tel que par exemple un titre de journal, un logo ou un slogan publicitaire, soit en raison de leur apparente banalité, tel que des photographies de pièces de viandes ou de charcuterie destinées à illustrer un catalogue. En revanche, une idée, fut-elle sommairement décrite, n'est pas protégeable. Ainsi un concept de programme audiovisuel qui se présente sous la forme d'un simple canevas, « sans faire montre du choix personnel de l'auteur pour une forme particulière qui procéderait d'un parti-pris arbitraire » ne confère aucun droit à son inventeur. Mieux vaut donc s'atteler à donner une forme aboutie à une idée de génie avant de démarcher ses clients potentiels ! ▶

| LES PROFESSIONNELS DE LA COM

La délicate question de la titularité des droits d'auteur

Les activités de communication donnent naissance à des œuvres à la généalogie parfois tourmentée. Ces œuvres résultent le plus souvent d'une combinaison d'apports ayant des paternités distinctes. Il n'est pas rare au demeurant que la création incorporée dans le résultat final l'ait été avec l'autorisation d'un exploitant qui n'en est pas l'auteur. Œuvres dites composites résultant d'un assemblage de créations d'origine diverse - le magazine, le spot ou l'affichage publicitaire en sont de bons exemples - et chaîne de cession de droits, peuvent parfois donner le tourni et la désagréable sensation qu'un élément du puzzle a échappé à sa vigilance. En droit français, l'auteur, personne physique, est le titulaire des droits sur son œuvre. C'est en raison de ce principe, que notre système diffère du copyright anglosaxon qui donne davantage la priorité à celui qui prend le risque financier de la création et de l'exploitation. Cette prééminence du créateur, légitime pour une œuvre à vocation exclusivement artistique, soulève la controverse lorsqu'elle s'applique aux créateurs salariés dont les œuvres sont exploitées

par leurs employeurs à des fins commerciales. Ainsi, en droit, la rémunération salariale est la contrepartie d'une tâche et non celle du transfert des droits d'auteur. L'employeur n'est donc pas le titulaire des droits du seul fait que le créateur est son salarié.

La pertinence du principe est si critiquée que les tribunaux n'hésitent pas à contourner la règle, voir à l'ignorer. Certains reconnaissent ainsi l'existence de cessions tacites, alors que le code impose de respecter certaines formes pour que le transfert des droits soit valide. Ils leur arrivent parfois de valider des transferts dont la légalité est des plus



Collage de Kurt Schwitters, 1930

douteuse compte tenu notamment d'un libellé sommaire. En outre, le législateur multiplie les exceptions afin que certaines entreprises puissent librement exploiter les œuvres créées par leurs salariés. Tel a été le cas pour les entreprises de presse, la loi Hadopi I ayant consacré le principe de la cession automatique à leur profit des droits d'auteur des journalistes qu'elles emploient. De même, la notion d'œuvre collective permet à l'initiateur d'une création, personne physique ou société, de se voir attribuer par la loi la propriété de la création. C'est par ce biais que des entreprises ont été reconnues propriétaires d'un journal, d'un magazine, d'une œuvre multimédia, d'un site internet, d'un catalogue ou de créations publicitaires. En l'absence de solutions légales, la cession des droits de l'auteur salarié est aménagée par le contrat de travail, non sans quelques difficultés. Une réforme législative serait manifestement la bienvenue, tout particulièrement dans le domaine de la communication.

La question de la titularité des droits est de même essentielle lorsque l'auteur est à l'autre bout d'une chaîne de contrats de cession ou de licence, dans laquelle interviennent parfois de nombreux intermé-

diaires. Certes, c'est à la solvabilité de son cocontractant direct qu'on s'attachera essentiellement sous réserve qu'il assume effectivement la responsabilité des maillons antérieurs de la chaîne. Mais il n'est pas inutile de s'interroger sur l'origine exacte de l'œuvre destinée à illustrer son site, son magazine ou son affiche, ne serait-ce que pour s'assurer que son « vendeur » s'en est effectivement préoccupé. Si ce « vendeur » garantit en principe la paisible exploitation de l'œuvre, il ne pourra faire échec à l'action de l'auteur ignoré visant à interdire la diffusion de la campagne... ▶

DU CÔTÉ DES TRIBUNAUX

Du côté des tribunaux : Journaliste, professionnel ou non ?

L'article L.7111-3 du code du travail dispose qu'est « journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources ». Or, depuis des années la Cour de cassation et le Conseil d'Etat diffèrent sur la question de savoir si un journaliste professionnel doit ou non impérativement exercer ses fonctions au profit d'une entreprise de presse. Pour le Conseil d'Etat, il suffit que l'organe d'information auquel il collabore contienne des articles d'information de qualité reconnue, peu important la qualité de l'éditeur dudit organe. Pour la Cour de cassation, le journaliste n'est professionnel que s'il travaille pour une entreprise dont l'activité principale est la diffusion d'une information dite journalistique.

Ainsi s'il travaille pour une agence de communication, il n'aura pas cette qualité, la réglementation et la convention collective spécifiques aux journalistes professionnels ne lui étant pas applicables. Dans un arrêt du 6 juillet 2011 (Legifrance, n°09-69689), la Cour de cassation a confirmé que ne peut être journaliste professionnel celui qui travaille pour le compte d'une entreprise dont l'activité principale est la publicité. ▶

ACTU DE LA COM AU JOURNAL OFFICIEL

• Décret n° 2012-1155 du 15 octobre 2012 relatif aux aides à la création d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles à caractère innovant.

Des aides financières sélectives peuvent être accordées par le Centre national du cinéma et de l'image animée en vue de contribuer au financement de la création d'œuvres audiovisuelles appartenant aux genres de la fiction et de l'animation, ainsi que d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles appartenant au genre du documentaire de création, qui présentent un caractère innovant en considération, notamment, du format, de la dramaturgie et de la réalisation.

• Décret n° 2012-1079 du 24 septembre 2012 modifiant le décret n° 2011-365 du 1^{er} avril 2011 relatif aux aides financières aux nouvelles technologies en production.

Les aides aux nouvelles technologies en production étaient réservées, pour les œuvres cinématographiques de longue durée, à celles faisant appel à des techniques stéréoscopiques. Ce décret en étend le bénéfice aux œuvres de longue durée qui ne sont pas en relief mais font appel à d'autres techniques innovantes.

• Arrêté du 19 octobre 2012 portant création d'un traitement automatisé relatif à la mise en œuvre du chapitre III du titre VI du livre V du code monétaire et financier portant obligations relatives à la lutte contre les loteries, jeux et paris prohibés

• Délibération n° 2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail ▶