



HAL
open science

Les exceptions au droit d'auteur en matière publicitaire

Audrey Lebois

► **To cite this version:**

Audrey Lebois. Les exceptions au droit d'auteur en matière publicitaire. *Légipresse: l'actualité du droit des médias, de la communication et des réseaux sociaux*, 2015, 331, pp.528-533. halshs-02449041

HAL Id: halshs-02449041

<https://shs.hal.science/halshs-02449041v1>

Submitted on 1 Aug 2024

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.

Les exceptions au droit d'auteur en matière publicitaire
Audrey Lebois, Maître de conférences HDR à l'IEP de Rennes
IRDP (EA 1166), Université de Nantes

L'utilisation de l'art dans la publicité est un phénomène répandu et une stratégie intéressante pour les annonceurs. En s'inspirant ou en reprenant des oeuvres, les publicités permettent un gain de notoriété de l'entreprise, une amélioration de l'image des produits et services, donc potentiellement un avantage concurrentiel et un accroissement des parts de marchés.

Tous les secteurs d'activité sont concernés et différents types d'oeuvres sont utilisés. Ainsi, en 1989, pour promouvoir sa boisson aromatisée au citron, Perrier a créé deux têtes composées dans le style d'Arcimboldo. *La Laitière* de Vermeer, oeuvre réalisée en 1658, est récupérée depuis plusieurs années au profit des yaourts de la marque Nestlé qui cherche ainsi à diffuser l'image d'un savoir-faire traditionnel, retirant toute dimension industrielle au produit. Des publicités plus récentes se sont inspirées de tableaux comme *Le déjeuner sur l'Herbe* de Manet pour la collection de Dior en 2013 ou le *Portrait d'une négresse* de Marie-Guillemine Benoist pour les chaussures Louboutin en 2011. D'autres annonceurs utilisent l'oeuvre originale pour y intégrer leurs propres produits, comme Hermès qui a repris en 2011 une série de tableaux de maîtres dans lesquels elle a directement inséré sa collection de bracelets pour femme, sans aucune réinterprétation. On peut citer aussi une campagne originale de la maison de cognac Martell datant de 2010 : sur ces publicités, on pouvait voir des mannequins reprenant exactement la mise en scène de tableaux reproduits en arrière-plan.

Les annonceurs et publicitaires n'hésitent pas à s'inspirer également de films cultes. Par exemple, un spot de Volkswagen représente un enfant déguisé en Dark Vader qui essaie d'utiliser la force pour démarrer la voiture de son papa. Récemment, un clip de Ikea, diffusé à l'occasion d'Halloween, parodie une scène de *Shining* de Stanley Kubrick. En 1995, une publicité pour la BNP reprenait certaines scènes des *Tontons flingueurs* en y intégrant un personnage venu livrer une sacoche noire à Lino Ventura et ses acolytes. Pour promouvoir son jeu le black-jack, la Française des jeux utilisait aussi des références aux films de Georges Lautner et aux dialogues de Michel Audiard.

Enfin, la musique accompagne toujours l'image publicitaire. Elle valorise le produit et retient l'attention du téléspectateur ou de l'auditeur. On pense par exemple au célèbre *I put a spell on you* de Screamin Jay Hawkins repris par Perrier pour son spot où une femme et un lion s'affrontent en rugissant ; la musique du film *Le professionnel* avec Jean-Paul Belmondo, utilisée par Pedigree Pal ; la chanson *Fais pas ci, fais pas ça* interprétée par Jacques Dutronc qui illustre une publicité pour les vêtements Petit Bateau...

Au regard du droit d'auteur, la publicité qui utilise une oeuvre de l'esprit protégée réalise une exploitation commerciale de l'oeuvre en principe soumise au droit exclusif. Ainsi, il a été jugé que la reprise dans une publicité SFR du personnage de Leeloo, héroïne du film *Le cinquième élément* de Luc Besson, constitue un acte de contrefaçon, le personnage étant en lui-même une oeuvre originale¹. A également été sanctionnée la publicité faite en faveur d'une marque de peinture qui

¹ CA Paris, 8 sept. 2004, *SFR et Publicis Conseil c/ Besson et Gaumont* : Comm. Comm. Électr. nov. 2014, comm. n° 136, obs. C. Caron. De même, une banque a dû renoncer à une campagne publicitaire qui utilisait les mêmes

mettait en scène deux tableaux "parlants", l'un ressemblant à une oeuvre de Picasso et l'autre reproduisant l'autoportrait de Van Gogh "à l'oreille coupée"². Il s'agit de reproductions et/ou de représentations d'oeuvres protégées qui requièrent l'autorisation des titulaires des droits c'est-à-dire la conclusion de contrats de cessions de droits répondant aux exigences de forme posées par l'article L.131-3 du CPI quand la cession est consentie par l'auteur³. La jurisprudence constante considère en outre que le détournement d'une oeuvre à des fins publicitaires porte atteinte au droit au respect de l'oeuvre⁴, peu importe le regain de notoriété qui peut le cas échéant lui être apporté par la publicité.

Afin d'échapper aux limites posées par le droit d'auteur, la première stratégie consiste à recourir aux oeuvres tombées dans le domaine public comme dans les exemples précités de publicités qui reprennent des toiles de maître. Le droit d'auteur étant ici éteint, les oeuvres peuvent être librement utilisées à des fins publicitaires, sous réserve du respect du droit moral⁵. L'autre possibilité est de faire entrer la création publicitaire dans le champ de l'une des exceptions prévues par le Code de la propriété intellectuelle. Les marges de manoeuvre sont ici étroites. Rappelons d'abord qu'en droit d'auteur français, les exceptions sont limitatives et d'interprétation stricte, ce qui implique l'interdiction de raisonner par analogie. La reproduction ou représentation d'oeuvres à des fins publicitaires ne peuvent bénéficier des tolérances au monopole d'exploitation de l'auteur que la loi a consacré en faveur des utilisations ayant certaines finalités. Ainsi, ne peut être invoquée en matière de publicité l'exception de citation qui ne joue, selon l'article L.122-5 3° CPI, que lorsque les illustrations sont « justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ». La publicité ne poursuit en effet aucune des finalités ainsi visées. De même, l'exception à des fins d'information prévue par l'article L.122-5, 9° et qui rend libre « la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une oeuvre d'art graphique, plastique ou architecturale (...) dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière » n'est pas applicable.

personnages que ceux du film de *La Guerre des étoiles* : TGI Paris, 8 nov. 1986, *Lucas Films c/ RSCG, Crédit mutuel et autres* : *Images Juridiques* 1987, n° 2, obs. P.-Y. Gautier.

² TGI Paris, 3 juin 1998 : *Juris-Data* n° 970583 ; *Gaz. Pal.* 1998, 2, p. 26.

³ V. en ce sens, TGI Paris, 21 juin 2013, n° 11/18389, *M. Genier c/ Société Labbé Simon SARL*, inédit. Un tableau représentant des oies dans un paysage de bruyère faisait l'objet d'une exploitation commerciale par une société de charcuterie artisanale sur ses sites internet, véhicule utilitaire, devanture de boutique, panneaux publicitaires, sacs à provision et affichettes publicitaires, et cela sans autorisation de l'auteur.

⁴ V. notamment, Cass. civ. 1^{re}, 2 avr. 2009 : *RTD Com.* 2009. 305, obs. F. Pollaud-Dulian (l'adaptation à des fins publicitaires des paroles de la chanson *On va s'aimer* sur la musique originale de l'oeuvre, porte atteinte au droit moral). – CA Paris, 25 juin 1996 : *RIDA* janv. 1997, p. 337 : « l'utilisation à des fins publicitaires d'une oeuvre dont ce n'est pas la vocation première, constitue un détournement de sa finalité lui faisant quitter le domaine purement artistique ou littéraire pour celui du commerce ». – Cass. civ. 1^{re}, 15 fév. 2005, n° 01-16.297 : *Comm. Comm. Électr.* 2005, comm. n° 61, obs. C. Caron (utilisation de la musique d'une chanson pour sonoriser un message publicitaire radiophonique pour des montres). – Versailles, 7 mai 1998 : *Gaz. Pal.*, 26 nov. 1998, p. 38 (L'utilisation du titre d'un film dans un slogan publicitaire). – CA Paris, 13 mars 2013, n° 11/13375 : *JurisData* n° 2013-004589 (reprise d'un fauteuil Le Corbusier par la publicité d'un appareil destiné au traitement de l'incontinence urinaire féminine à domicile).

⁵ On rappellera qu'utiliser une oeuvre à des fins publicitaires est susceptible de porter atteinte au droit moral, que l'oeuvre soit protégée ou qu'elle ne le soit plus, le droit moral étant perpétuel. S'agissant d'oeuvres tombées dans le domaine public, le risque de poursuite est néanmoins faible dès lors que seuls les héritiers peuvent invoquer les droits moraux des auteurs et non les sociétés d'auteur (V. en ce sens notamment, Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 1966, « Les liaisons dangereuses » : *JCP* 1967, II, 14937, concl. Lindon). Les cas d'opposition pour les oeuvres anciennes sont donc rares.

On pourrait être tenté de faire le lien entre publicité et information, notamment en matière de publicité comparative. Mais la jurisprudence refuse de reconnaître à la publicité une finalité informative qui justifierait le bénéfice de l'exception de citation⁶. Il faut admettre que cette exigence liée au but de la citation et de l'exception à des fins d'information met en évidence le lien entre ces exceptions et la liberté d'expression et d'information : la reprise n'est licite que lorsqu'elle sert la liberté d'expression et permet d'enrichir les connaissances et l'information du public. La publicité sert un but commercial qui ne figure pas parmi les finalités visées par les deux articles précités du Code de la propriété intellectuelle. L'utilisation publicitaire d'un extrait de musique, d'un texte, d'un film ou d'une oeuvre d'art graphique sans l'autorisation de l'auteur est donc illicite.

Faut-il en déduire que le caractère commercial de la publicité exclut que l'utilisation de l'oeuvre à des fins publicitaires puisse échapper au monopole de l'auteur ? La question mérite d'être posée. On peut penser que l'usage publicitaire de l'oeuvre limite le bénéfice des exceptions au droit d'auteur. On comprend en tout cas que la marge de manoeuvre est particulièrement étroite pour les annonceurs et publicitaires⁷. La jurisprudence admet néanmoins que l'exception légale de parodie (I) et l'exception prétorienne fondée sur la théorie de l'accessoire (II) peuvent jouer en matière publicitaire.

I. L'exception de parodie

Selon l'article L. 122-5, 4° CPI, « lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut pas interdire la parodie, la pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre »⁸. Si les éléments constitutifs de la parodie se retrouvent en matière publicitaire comme ailleurs (A), nous verrons que les limites découlant « des lois du genre » posent davantage de difficultés (B).

A. Éléments constitutifs de la parodie publicitaire

Selon la doctrine et la jurisprudence française, la parodie⁹ suppose que soient réunis un élément intentionnel et un élément matériel¹⁰. L'élément intentionnel est l'intention humoristique de l'auteur qui peut se retrouver en matière publicitaire et peut exister malgré la gravité du sujet traité. La parodie a ainsi été admise dans le cadre de la publicité contre le tabac¹¹. La finalité humoristique doit, pour respecter les lois du genre, être réelle. Ainsi, la cour d'appel de Paris a considéré à propos

⁶ CA Paris, 12 sept. 2001 : Comm. Comm. Électr. 2002, comm. 40, note Ch. Le Stanc. - Paris, 7 juin 2000 : D. 2001, somm. 2555, obs. P. Sirinelli.

⁷ Relevant en ce sens le « resserrement des exceptions au droit d'auteur », J.-J. Biolay, « Droit d'auteur et publicité » : Comm. Comm. Électr. avril 2000, chron. 8.

⁸ Une même exception est consacrée en matière de droits voisins du droit d'auteur par l'article L. 211-3, 4° CPI. Pour une application récente, V. Cass. civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, n° 13-14.629 : LEPI, nov. 2014, p. 3, nos obs (parodie d'une interprétation).

⁹ Les termes de parodie, pastiche et caricature n'impliquent aucune conséquence juridique et peuvent être tenus pour synonymes. Nous emploierons donc le terme de parodie de manière générique..

¹⁰ V. A. Françon, « Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires » : *Droit auteur* 1988, p. 302.

¹¹ CA Versailles, 17 mars 1994 : D. 1995, jurispr. p. 429, obs. C. Colombet.

de l'exploitation dans une publicité de la réplique protégée par le droit d'auteur « t'as de beaux yeux tu sais », qu'une reproduction « teintée d'humour » ne suffit pas à en faire une parodie ou un pastiche¹². Concernant la reprise de photographies extraites de films de Marcel Pagnol, découpées pour y insérer des modèles revêtus d'une marque de prêt-à-porter, les juges ont estimé que ce montage n'était pas une parodie autorisée dès lors qu'il n'avait pas de finalité humoristique, mais qu'il avait pour but la promotion publicitaire des produits¹³. Autrement dit, l'intention humoristique doit être évidente.

Ensuite, l'élément matériel de la parodie, c'est-à-dire la reprise de l'oeuvre première, ne doit pas conduire à un risque de confusion avec celle-ci. Autrement dit le public doit savoir avec certitude qu'il s'agit d'une parodie et non de l'oeuvre parodiée. L'absence de confusion, comme d'ailleurs l'intention humoristique, implique que l'oeuvre parodiée soit substantiellement modifiée. Il doit y avoir transformation ou travestissement de l'oeuvre. Dans l'exemple précité, le découpage des photos extraites de films de Pagnol ne constituait pas une transformation des films¹⁴. De même, le détournement par le RPR de la chanson *Vesoul*, de Jacques Brel, pour une affiche du parti n'a pas bénéficié de l'exception dès lors qu'il s'agissait de la reprise de deux bouts de la chanson juxtaposés comme si c'était un vers complet (« T'as voulu voir Paris et on a vu Vesoul »)¹⁵. On comprend que l'exercice n'est pas simple : le lien de filiation avec l'oeuvre première est inhérent à la parodie, mais dans le même temps celle-ci doit s'en démarquer suffisamment pour éviter de lui faire concurrence. Un arrêt a ainsi admis la reproduction sur des tee-shirts d'un personnage reproduisant les traits essentiels de « Monsieur Propre », assortis d'une coloration rose fuchsia et des indications « Mister Queen » et « Axel is a real bitch », en considérant que ces adjonctions constituaient des modifications essentielles destinées à démarquer le personnage caricatural de l'original, tout risque de confusion étant exclu¹⁶.

On relèvera que dans un arrêt du 3 septembre 2014, la CJUE s'est prononcée sur l'exception de parodie instaurée par la Directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Elle a fait de cette exception une notion autonome du droit de l'Union qui doit être interprétée de manière uniforme dans l'ensemble des États membres de l'UE¹⁷. Elle définit la parodie comme l'oeuvre ayant « pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une oeuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie ». On voit ainsi que la définition communautaire n'est pas en rupture avec la jurisprudence française précitée qui n'est donc pas remise en cause par cet arrêt de la Cour de justice.

¹² CA Paris, 7 juin 1990 : Jurisdata n° 1990-023045.

¹³ TGI Paris, 30 avr. 1997, *Pagnol c/ Société VOG* : Gaz. Pal. 19 mai 1998, p. 22.

¹⁴ TGI Paris, 30 avr. 1997 préc. De même, pour la reproduction à l'identique d'un personnage de dessin animé (Calimero) pour promouvoir un site internet sado-masochiste : TGI Paris, 24 mars 2000 : JurisData n° 2000-114372.

¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 1990, *RPR c/ Pouchenel* : Quot. jur. 1990, n° 131, p. 7.

¹⁶ CA Paris, 9 sept. 1998, *S^{te} Seri Brode c/ S^{te} Procter and Gamble France* : JurisData n° 1998-024519.

¹⁷ (17) CJUE, 3 sept. 2014, n° C-201/13, *Johan Deckmyn* : LEPI nov. 2014, p. 1, obs. C. Bernault. L'affaire concernait des parodies de la bande dessinée connue en France sous le nom de *Bob et Bobette*. Un dessin « ressemblant » à la couverture de l'un des albums mettant en scène ces deux « héros » avait été reproduit dans un calendrier diffusé par un parti politique belge. Au lieu des personnages de la BD, y apparaissaient le maire de la ville de Gand et « des personnes voilées et de couleur » ; Légipresse n° 321, p. 604, com. N. Blanc.

B. « Lois du genre » et publicité

L'article L.122-5, 4° CPI prévoit expressément que la parodie n'est licite que si elle respecte « les lois du genre ». Cela signifie qu'elle doit respecter les usages que le juge est amené à considérer en cas de litige¹⁸. Pour le dire autrement, la parodie doit correspondre à l'oeuvre d'un « bon humoriste avisé »¹⁹. Ces lois du genre sont souvent assimilées aux bonnes moeurs de notre article 6 du Code civil si bien que les parodies pornographiques ont souvent été jugées illicites²⁰. Si les lois du genre obligent l'auteur de l'oeuvre parodiée à supporter une atteinte au droit au respect de l'oeuvre²¹, elles permettent de sanctionner les dénaturations qui seraient excessives et porteraient ainsi atteinte au droit moral. De plus, la parodie ne doit pas servir à nuire²², à dénigrer l'oeuvre, à porter atteinte à l'honneur ou diffamer l'auteur²³. On peut citer également l'arrêt précité de la CJUE du 3 septembre 2014 qui exclut l'application de l'exception si la parodie transmet un message discriminatoire car, dans ce cas, selon la Cour de justice, les ayants droit disposent d'un « intérêt légitime à ce que l'oeuvre ne soit pas associée à un tel message » (§ 31)²⁴.

En revanche, pour la jurisprudence, la finalité commerciale ou publicitaire de la parodie n'est pas contraire aux lois du genre. Dans l'affaire Monsieur Propre précitée, la cour d'appel de Paris a ainsi énoncé que l'usage de la parodie ou de la caricature n'est pas uniquement pour railler ou pour faire sourire, mais aussi dans l'intention essentiellement commerciale de profiter, pour vendre des tee-shirts et capter une clientèle, de la notoriété du personnage de « Monsieur Propre »²⁵. Et la même cour a jugé en 2006, à propos de la célèbre photographie de Che Guevara, que « conformément à la liberté d'expression, l'utilisation d'une illustration dans le seul but commercial et publicitaire n'exclut pas l'exception de parodie au titre de l'article L.122-5-4° du CPI (...) »²⁶.

¹⁸ En ce sens, A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 448.

¹⁹ P. Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., n° 368.

²⁰ Ainsi est contrefaisant le film « Dard'Zan - L'humiliation de Jane » qui reprenait les caractéristiques de l'oeuvre « Tarzan » et constituait pour les juges « une imitation servile, le caractère grossièrement pornographique de l'oeuvre contrefaisante étant à l'évidence exclusive de toute intention humoristique » : CA Versailles, 6 novembre 1998, *S^{te} Marc Dorcel c/ S^{te} Edgar Rice Burroughs et S^{te} Mascotte Film AG* : RIDA mars 1999, p. 314.

²¹ A. Françon, note sous TGI Paris, 9 janv. 1970 : JCP G 1971, II, 16645.

²² V. CA Versailles, 17 mars 1994 : D. 1995, somm. 56, obs. C. Colombet.

²³ Cass. civ., 1^{re}, 2 janv. 1988 : Bull. Civ. I, n° 5 ; D. 1988, somm. 207, obs. C. Colombet ; RIDA juill. 1988, p. 98, note A. Françon (« dans la mesure où il en résulterait pour l'auteur de Douce France une atteinte diffamatoire, seul celui-ci serait recevable à s'en plaindre »).

²⁴ La référence aux « intérêts légitimes » des auteurs se distingue sans doute des « lois du genre » que l'on connaît en droit français. « L'approche retenue apparaît plus objective que subjective. On raisonne en effet en contemplation des limites de la liberté d'expression au regard d'un principe fondamental (la non-discrimination) et non par rapport à la dénaturation de l'oeuvre » (C. Bernault, LEPI). On peut en revanche penser que l'expression d'« intérêt légitime » de l'auteur, employée par la CJUE pour faire obstacle à une exception légale, fait référence au test des trois étapes (en ce sens B. Galopin, « Fini de rire : les limites de la parodie acceptable définies par la CJUE » : D. 2014. 2097). Certes, la Cour de justice ne vise pas expressément cet instrument, qui ne faisait pas l'objet de la question préjudicielle, mais il apparaît difficile d'interpréter l'exclusion de l'exception sur le fondement de « l'intérêt légitime » de l'auteur autrement que comme la mise en oeuvre du triple test (*ibid*). Elle donne alors des indications précieuses sur le contenu de ce test qui ne doit pas être appréhender uniquement au regard des intérêts pécuniaires des ayants droits.

²⁵ CA Paris, 9 sept. 1998, préc.

²⁶ CA Paris, 13 oct. 2006 : *Propriété intellectuelle*, 2007, n° 22, p. 91, obs. J.-M. Bruguière.

Cette jurisprudence appelle quelques interrogations et remarques. La liberté d'expression qui fonde l'exception de parodie, peut-elle justifier les utilisations d'oeuvres dans un but publicitaire donc commercial ? La question mérite selon nous d'être posée. On peut en effet penser que lorsque la parodie est réalisée à des fins publicitaires, l'exception devrait être écartée et le droit exclusif s'appliquer²⁷. Certes, la question est délicate, mais on dira avec le professeur Pollaud-Dulian qu'« il ne s'agit pas d'empêcher, par exemple, le caricaturiste de publier ses dessins moyennant rémunération ni le chansonnier ou l'imitateur de commercialiser les phonogrammes reproduisant les chansons parodiques, mais plutôt de contrôler des actes purement commerciaux, sans rapport sérieux (si l'on ose dire ici !) avec la liberté de critique ou la liberté d'expression »²⁸.

On pourrait arguer que l'article L.122-5, 4° n'envisage pas cette distinction et qu'il n'y a donc pas lieu de l'opérer. Mais il faut en toute hypothèse se demander et vérifier que l'application de l'exception de parodie en matière publicitaire répond au "test des trois étapes", mécanisme d'encadrement des exceptions prévu par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle²⁹. Rappelons que, pour pouvoir être appliquée, une exception doit : 1° être un cas spécial³⁰ ; 2° ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ; 3° ne pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des auteurs. Il en résulte qu'une exception peut être paralysée à l'occasion d'un contentieux si son application ne répond pas aux exigences du triple test³¹ car on considère alors qu'elle provoquerait un préjudice disproportionné aux titulaires de droit.

Si on peut considérer que l'exception de parodie consacrée par le Code de la propriété intellectuelle est un cas spécial et qu'elle ne perturbe pas l'exploitation normale autrement dit habituelle de l'oeuvre quel qu'en soit le genre³², on peut en revanche s'interroger sur le dernier critère à savoir l'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. En effet, selon le groupe spécial de l'OMC qui a étudié en détail ces conditions lors d'une procédure opposant les États-Unis et l'Union européenne³³, le seuil injustifié est atteint si une exception ou limitation engendre ou

²⁷ Un parallèle peut ici être fait avec l'image des personnes pour laquelle la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, a admis la reproduction de l'image d'une personne sous la forme de caricature au nom de la liberté d'expression, mais a exclu la commercialisation de cette reproduction (Cas. civ. 1^{re}, 13 janv. 1998 : D. 1999. 120, note J. Ravanas).

²⁸ F. Pollaud-Dulian, obs. à propos de CA Paris, 13 oct. 2006, « Che Guevara » : RTD Com. 2007. 358. *Contra*, J.-M. Léger, « L'exception de parodie est-elle recevable en matière publicitaire ? » : RLDI mars 2005, p. 54. Pour cet auteur, il n'est pas contraire aux lois du genre d'exploiter la parodie à des fins publicitaires.

²⁹ Le « test des trois étapes » qui trouve son origine dans la Convention de Berne (art. 9.2) est posé par l'article 5.5 de la directive Société de l'information. Il a été transposé en droit français et figure à l'article L. 122-5 CPI depuis la loi du 1^{er} août 2006.

³⁰ Le CPI ne fait pas expressément référence à cette première condition car le législateur a considéré qu'elle était déjà remplie : les exceptions énumérées par l'article L. 122-5 sont des cas spéciaux car sinon, elles n'auraient pas été consacrées par le législateur.

³¹ La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se référer au triple test pour admettre la licéité d'un dispositif technique anti copie sur des DVD et écarter l'application de l'exception pour copie privée invoquée par l'utilisateur car elle constatait que sa mise en oeuvre aurait un effet préjudiciable aux intérêts de l'auteur et des titulaires de droits voisins (Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, *Mulholland Drive* : JCP 2006, II, 10084, note A. Lucas).

³² On relèvera ici simplement que l'exploitation sous forme de parodie n'est pas une exploitation naturelle de l'oeuvre.

³³ Groupe spécial OMC, 15 juin 2000, Rapport adopté par l'Organe de règlement des différends, 31 juill. 2000 : Grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz, 2003, comm. C. Fontaine.

risque d'engendrer « un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur », même simplement potentiel³⁴. Il ajoute que le caractère légitime ne renvoie pas seulement à l'idée de licéité, mais encore à une appréciation au regard des objectifs qui sous-tendent la protection des droits exclusifs. Or, on s'écarte de la finalité de la parodie (liberté d'expression) et on s'inscrit dans la logique du droit exclusif lorsqu'une parodie d'oeuvre est réalisée à des fins publicitaires et commerciales. On peut donc penser que l'exception de parodie appliquée en matière publicitaire pourrait ne pas passer le cap de ce troisième critère. Il faudrait alors imaginer un système par lequel l'exception de parodie en matière publicitaire serait libre, mais compensée par une rémunération équitable si on ne veut pas qu'un jour, en appliquant le triple test, la jurisprudence exclut l'exception en cas d'exploitation publicitaire de l'oeuvre parodiant.

II. L'exception de l'accessoire

Il est de jurisprudence constante que la reproduction ou la représentation échappe au droit exclusif dès lors qu'elle est « *accessoire* », que les oeuvres soient situées dans des lieux publics ou non³⁵. Il s'agit ici d'une véritable exception³⁶ d'origine prétorienne alors pourtant que les exceptions sont d'interprétation stricte et que la liste posée par l'article L. 122-5 CPI est limitative. Nous allons voir que les applications jurisprudentielles de cette exception en matière publicitaire sont nombreuses (A) et que la Cour de cassation a récemment rattaché cette exception à celle de l'inclusion fortuite visée par la Directive 2001/29 (B), ce qui pourrait, selon nous, conduire à remettre en cause son application en matière publicitaire.

A. Applications en matière publicitaire

Il convient de relever d'abord que l'exception de l'accessoire doit être distinguée de la situation dans laquelle l'oeuvre n'est pas reproduite ou représentée parce que les éléments repris ne communiquent pas les traits caractéristiques et originaux de l'oeuvre. En ce sens, la Cour de cassation a, dans un arrêt, approuvé les juges du fond qui, ayant souverainement estimé, à propos d'affiches publicitaires représentant une automobile avec, en arrière-plan, une infime partie d'une fontaine monumentale, que les éléments figurant sur ces affiches ne communiquaient pas au public les traits

³⁴ *Ibid*, § 6.229 et § 6 261.

³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2001, D. 2001, AJ, p. 2517, note Daleau J. ; Propr. intell. 2001, n° 1, p. 62, 2^e esp., obs. A. Lucas.

³⁶ En ce sens, A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 345. - P.-Y. Gautier, Le triomphe de la théorie de l'arrière plan : Comm. Comm. Électr. 2008, étude 23, n° 4. C. Caron, note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2000 : Comm. Comm. Électr. 2001, comm. 14. - E. Dreyer, « Liberté de communication et droit d'auteur », in « La loi Dadvsi : des occasions manquées ? » : RLDI 2007, suppl. au n° 25, p. 30-41, n° 26. - *Contra*, y voyant une limite interne au droit exclusif, B. Khalvadjian, « La théorie de l'accessoire a encore de l'avenir devant elle », RLDI 2008, n° 43, p. 58 : « Ne commettons pas l'irréparable : la théorie de l'accessoire n'est pas une exception au droit d'auteur ! Elle en est une limite externe. Il faut comprendre ici, et les juges n'ont de cesse de le répéter dans la décision commentée, que le caractère accessoire d'une oeuvre gèle dès l'amont l'application du droit d'auteur et de toutes ses règles, y compris celle du droit moral. Il n'y a donc pas lieu de parler d'"exception" là où justement le droit n'a pas normalement vocation à s'appliquer ».

caractéristiques originaux de la fontaine, en ont déduit que ces affiches ne constituaient pas une reproduction même partielle de l'oeuvre au sens de l'article L. 122-3 et qu'il n'y avait donc pas contrefaçon³⁷. De même, il a été jugé que n'est pas contrefaisante l'affiche publicitaire représentant de manière accessoire un couteau dont seule la lame apparaît³⁸. Dans ces hypothèses, les éléments qui font l'originalité de l'oeuvre ne sont pas visibles. Il n'y a donc pas atteinte au droit de reproduction et/ou au droit de représentation. Il en est de même pour une photographie montrant la Géode, mais seulement en arrière-plan « flou »³⁹.

L'exception de l'accessoire ou de « l'arrière-plan »⁴⁰ renvoie aux cas dans lesquels l'oeuvre est représentée ou reproduite car les traits caractéristiques et originaux de l'oeuvre sont communiqués au public, mais l'oeuvre n'est pas le sujet principal représenté ou traité. Les applications de cette exception en matière publicitaire sont nombreuses. Le caractère accessoire de l'utilisation de l'oeuvre est apprécié *in concerto* par les juges⁴¹. L'analyse de la jurisprudence montre néanmoins que certaines circonstances les amènent à retenir ce caractère accessoire. C'est le cas lorsque l'oeuvre n'est qu'un « élément de décor » en « arrière-plan »⁴², lorsque la reproduction de l'oeuvre n'est pas l'élément central par rapport au sujet traité⁴³ ; lorsque les oeuvres ne sont pas « représentées pour elles-mêmes »⁴⁴. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'apparition dans un film publicitaire de la couverture d'un ouvrage représentant une photographie de paysage est « accessoire par rapport au sujet » qu'est la présentation publicitaire de l'ouvrage et ne met pas en oeuvre le droit d'auteur⁴⁵. En revanche, l'autorisation de l'auteur est requise pour l'intégration de statues (sculptures de Maillol) dans un film publicitaire destiné à promouvoir un modèle automobile, dès lors qu'elles sont filmées intégralement comme élément d'un décor visant à valoriser le produit⁴⁶.

³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 16 juill. 1987 : Bull. Civ. 1987, I, n° 225 ; JCP G 1987, IV, 311 ; RIDA 1/1988, p. 94.

³⁸ CA Paris, 22 févr. 2002, *Manufacture de couteaux régionaux c/ S^{te} Aïce et Fromagerie des chaumes* : Légipresse 2002, n° 193, I, p. 87.

³⁹ TGI Paris, 4 févr. 1988 : Cah. dr. auteur 1988, p. 14. Ou encore, pour un film publicitaire reproduisant des sculptures de manière trop imprécise pour qu'elles soient distinguées les unes des autres : TGI Paris, 28 mai 1997 : RIDA 1/1998, p. 329 ; Juris-Data n° 1997-045122.

⁴⁰ P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, op. cit., n° 108.

⁴¹ V. par ex., CA Paris, 13 juin 2014, n° 13/15182, *Fondation Le Corbusier c/ S^{te} Getty Images France et autres*, inédit. Dans cet arrêt de 24 pages, les juges font un examen détaillé de 52 photographies reproduisant et représentant des meubles protégés par le droit d'auteur pour déterminer si l'exploitation est accessoire ou au contraire contrefaisante.

⁴² Ainsi, n'est pas une contrefaçon l'apparition momentanée et en arrière-plan d'une fresque murale, oeuvre protégée, dans le générique d'un film comportant des plans successifs de la Ville de Marseille : Paris, 14 sept. 1999, *S^{te} civile ADAGP c/ ADR Productions* : Légipresse, 2000, n° 169, III, p. 33 ; Comm. Comm. Électr. 2000, comm. 30, note C. Caron.

⁴³ Considérant que les oeuvres n'étaient qu'un élément accessoire du décors, à propos d'une publicité audiovisuelle illustrant les activités de la société Darty au château de Versailles, avec une vue de la façade du palais incluant quatre sculptures protégées par le droit d'auteur : TGI Paris, 28 mai 1997 : Gaz. Pal., 19 mai 1998, p. 15.

⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *Être et avoir* : RIDA juill. 2011, p. 457 et p. 341, obs. P. Sirinelli ; RTD Com. 2011. 553, obs. F. Pollaud-Dulian ; Propr. intell. 2011, p. 298, obs. A. Lucas ; Comm. Comm. Électr. 2011, comm. 62, note Caron.

⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2001 : Propr. intell., oct. 2001, p. 62, obs. A. Lucas.

⁴⁶ CA Versailles, 15 janv. 1998 : RIDA 3/1998, p. 267 ; JCP E 1999, panor. p. 201. - Dans le même sens, Com., 6 mai 2014 : JurisData n° 2014-009367 ; Propr. intell. 2014, p. 275, obs. J.-M. Bruguière (à propos des photographies

B. Filiation avec l'exception communautaire de l'inclusion fortuite

L'article 5.3 i) de la Directive 2001/29 exclut du monopole de l'auteur « l'inclusion fortuite d'une oeuvre (...) dans un autre produit ». Cette exception facultative n'a pas été transposée en droit français et on s'est interrogé sur l'avenir de l'exception prétorienne de l'exploitation accessoire dès lors que le 32^e considérant de la directive dispose expressément que la liste des exceptions prévues à l'article 5.5 est « exhaustive ». Néanmoins, dans un arrêt remarqué du 12 mai 2011 rendu à propos du film documentaire *Être et avoir*⁴⁷, la Cour de cassation a considéré que les illustrations litigieuses constituaient une représentation « accessoire au sujet traité », laquelle devait « être regardé comme l'inclusion fortuite d'une oeuvre, constitutive d'une limitation au monopole de l'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001⁴⁸ ». Le rapprochement ainsi opéré par les hauts magistrats avec l'exception facultative de l'inclusion fortuite a été critiqué. La Cour de cassation a admis elle-même, dans un arrêt du 22 mai 2009, que les dispositions facultatives de la directive ne pouvaient servir au juge national de règle d'interprétation pour étendre la portée d'une disposition nationale à un cas non prévu par celui-ci⁴⁹.

Au-delà de cette critique, il nous semble que l'assimilation des deux exceptions est une erreur. L'exception prétorienne française est plus large que l'exception communautaire d'inclusion fortuite puisqu'elle permet de faire échapper au droit exclusif les exploitations accessoires qu'elles soient fortuites ou volontaires⁵⁰. Si, pour la Cour de cassation, l'exception d'accessoire recouvre l'exception de l'inclusion fortuite, alors cela signifie que l'exception prétorienne ne peut plus s'appliquer lorsque la représentation ou la reproduction de l'oeuvre est délibérée⁵¹. Or, on peut penser que rien n'est dû au hasard en matière publicitaire, tout est pensé pour attirer l'oeil du consommateur, pour suggérer.

L'inclusion d'une oeuvre, même de manière accessoire, en arrière-plan, à titre de décors, est consciente et délibérée en matière publicitaire⁵². L'interprétation faite par la Cour de cassation nous paraît donc remettre en cause l'application de l'exception en matière publicitaire.

On relèvera néanmoins un jugement récent rendu par le tribunal de grande instance de Paris⁵³ dans

publicitaire reproduisant un modèle de souliers « destinés à mettre en valeur » les vêtements commercialisés). - Paris, 7 avr. 2010 : PIBD 2010, III, 327 (utilisation d'un chemin de table dans un film publicitaire).

⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2011, *Être et avoir*, préc.

⁴⁸ Nous soulignons.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009 : Comm. Comm. Électr. 2009, comm. n° 23, note C. Caron.

⁵⁰ V. par ex pour un film publicitaire utilisant la couverture d'un ouvrage représentant une photographie de paysage : Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, préc.

⁵¹ V. dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012, nos 11-16.165 et 11-15.188, *Aufeminin.com et Google c/ X. et société H. et K.* : Propr. intell. 2012, n° 45, obs. A. Lucas, p. 420 ; RTD Com. 2012. 775, obs. F. Pollaud-Dulian : « la notion "d'inclusion fortuite dans un autre produit", retenue par les dispositions invoquées de la Directive n° 2001/29/ du 22 mai 2001, doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté ».

⁵² V. en ce sens notamment, Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2000 : D. 2001. 1530, note E. Dreyer ; Propr. intell. 2001, n° 1, p. 62, 1^{re} esp., obs. A. Lucas. - Paris, 7 avr. 2010 : Propr. intell. 2010, p. 852, obs. A. Lucas : « la représentation incriminée n'est pas fortuite, mais procède d'un choix délibéré ».

⁵³ TGI Paris, 25 mai 2014, n° 09/17285, *S^{té} Emilio Pucci SRL c/ S^{té} H & M et autres*, inédit

lequel les juges ont eu une autre interprétation de l'exception communautaire : « l'article 5.3. mentionne le terme "incident" qui se traduit par fortuit et accessoire ; ces deux termes ont une signification en droit d'auteur car l'insertion d'une oeuvre dans une autre peut-être fortuite, mais également ne peut représenter qu'un caractère accessoire ». Dans l'espèce qui leur était soumise et qui concernait l'insertion, dans le catalogue en ligne d'H&M, de clichés représentant des articles de mode protégés par le droit d'auteur, les juges ont constaté que cette inclusion n'était pas fortuite, mais ils n'ont conclu à la contrefaçon qu'après avoir vérifié que l'exploitation n'était pas accessoire. Autrement dit, selon le tribunal, une exploitation de l'oeuvre accessoire et/ou fortuite échappe au monopole.

Cette interprétation favorable aux exploitants notamment publicitaires nous semble discutable et surtout contraire au triple test posé par la directive communautaire. L'exception de l'accessoire ainsi appliquée est-elle encore un cas spécial ? On peut en douter, sans compter que l'exploitation, même accessoire d'une oeuvre à des fins publicitaires peut être de nature à porter un préjudice injustifié aux intérêts légitimes (patrimoniaux et moraux) des auteurs. On se ralliera donc plus facilement à une autre décision du tribunal de grande instance de Paris qui, reprenant l'attendu de l'arrêt *Être et avoir*, a retenu que l'inclusion fortuite devait s'entendre d'une représentation ou reproduction à la fois accessoire et involontaire⁵⁴.

Au-delà des exceptions prévues par le Code de la propriété intellectuelle, l'annonceur qui reprend à des fins publicitaires une création protégée ne pourrait-il pas invoquer l'article 10 de la CEDH consacrant la liberté d'expression pour échapper à une condamnation pour contrefaçon ? Cet argument régulièrement avancé par les plaideurs est traditionnellement rejeté par la Cour de cassation qui nous rappelle que l'arbitrage entre droit d'auteur et liberté d'expression est fait par le législateur qui a choisi de consacrer une liste d'exceptions⁵⁵. Dès lors, si ces exceptions ne sont pas opposables, le droit d'auteur doit primer.

Pourtant, par un arrêt remarqué et critiqué en date du 15 mai 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation semble s'affranchir du caractère limitatif des exceptions⁵⁶. L'affaire concernait un peintre qui, pour dénoncer la société de consommation, avait intégré sans autorisation, dans une de ses oeuvres, trois photographies de mode protégées par le droit d'auteur. Les exceptions de courte

⁵⁴ TGI Paris, 30 janv. 2015, n° 11/09868, *ADAGP c/ Société Stratégie Média Conseil*, inédit..

⁵⁵ V. Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2003 : Comm. Comm. Électr. 2004, comm. 2, obs. C. Caron ; Propr. intell. 2004, n° 10, p. 549, note A. Lucas ; Légipresse 2004, n° 209, III, p. 23, note V. Varet ; D. 2004, jurispr. p. 200, note N. Bouche ; JCP G 2004, II, 10080, note Ch. Geiger ; RIDA avr. 2004, p. 225, note A. Kéréver. - Confirmé par Civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, Propr. intell. janv. 2008, n° 26, p. 112, obs. J.-M. Bruguière ; Légipresse 2008, n° 249, III, p. 19, note J. Lesueur. Dans le même sens, refusant de faire céder le droit d'auteur, CEDH, 19 févr. 2013, n° 40397/12, *Pirate Bay* : Comm. Comm. Électr. 2013, comm. 63, note C. Caron ; Propr. intell. 2013, n° 47, p. 216, note J.-M. Bruguière. - CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby* : Comm. Comm. Électr. 2013, comm. 39, note C. Caron ; Légipresse 2013, n° 304, p. 221, note F. Marchadier ; Propr. intell. 2013, n° 47, p. 216, note J.-M. Bruguière.

⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, *P. Klasen c/ A. Malka* : Légipresse 2015, n° 330, III, p. 474, note V. Varet ; Comm. Comm. Électr. 2015, comm. 55, obs. C. Caron ; LEPI juill. 2015, p. 1, obs. A. Lucas ; V. aussi, A. Bensamoun et P. Sirinelli, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin » : D. 2015. 1672.

citation, de parodie et d'accessoire invoquées en défense par le peintre ont été balayées par les juges du fond qui ont retenu en conséquence la contrefaçon, l'argument de la liberté d'expression étant, selon eux, inopérant⁵⁷. La Cour de cassation a censuré cet arrêt au visa de l'article 10.2 de la CEDH au motif que la cour d'appel aurait dû « expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression commandait la condamnation qu'elle prononçait ». Cette solution, nouvelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation, revient à reconnaître une sorte de fair use à la française permettant l'utilisation des créations sans avoir à obtenir d'autorisation et sans avoir à rémunérer le titulaire du droit d'auteur⁵⁸.

La portée de cet arrêt apparaît néanmoins réduite en raison notamment de l'espèce particulière qui opposait le droit d'auteur à la liberté d'expression artistique d'un créateur engagé⁵⁹. On peut ainsi penser que les annonceurs et publicitaires poursuivis en contrefaçon pour la reprise d'oeuvres protégées risquent d'avoir du mal à convaincre les juges qu'un « juste équilibre » entre le droit d'auteur d'autrui et la liberté d'expression du publicitaire commande d'exclure toute condamnation pour contrefaçon. En matière publicitaire, le discours est commercial et n'a pas vocation à participer à un débat d'intérêt général.

⁵⁷ CA Paris, 18 sept. 2013, *A. Malka c/P. Klasen* : Légipresse 2014, n° 313, p. 103, note B. Khalvadjian.

⁵⁸ En ce sens notamment, A. Lucas, obs. préc. : LEPI juill. 2015, p. 1.

⁵⁹ Sur la portée de l'arrêt, V. A. Bensamoun et P. Sirinelli, Droit d'auteur vs liberté d'expression, préc.