Le droit d'auteur sur les œuvres publicitaires

Par Oumar SANON, juriste

L'œuvre publicitaire est une création intellectuelle inscrite dans les différentes législations au titre des œuvres littéraires et artistiques. Œuvre audiovisuelle mais différente de l'œuvre cinématographique, l'œuvre publicitaire se singularise par sa création qui se veut atypique. En effet, la création d'une œuvre publicitaire fait appel à la contribution de plus d'une personne physique. On aurait pensé d'elle, qu'il s'agit d'une œuvre de collaboration qui, par définition, nécessite également la contribution de plusieurs personnes physiques. L'œuvre collective n'est pas non plus à exclure de cette recherche de définition de l'œuvre publicitaire. Différente de l'œuvre cinématographique (I) l'œuvre publicitaire, se situerait entre l'œuvre de collaboration et l'œuvre collective (II). Quels sont cependant, les droits reconnus à l'auteur d'une œuvre publicitaire (III)

Œuvre publicitaire – œuvre cinématographique

« *La publicité est considérée de manière générale comme une technique commerciale destinée à promouvoir des produits ou services ou à améliorer l'image d'une entreprise. Elle peut se définir comme une technique de communication partisane délivrant un message contrôlé à destination d'une cible définie pour le compte d'un annonceur qui schématiquement, veut améliorer sa position économique* »[1]

Toutefois, la publicité ne saurait se résumer à sa simple expression commerciale. Les créations publicitaires sont des œuvres littéraires et artistiques protégées au même titre que les œuvres cinématographiques. Cependant, la création publicitaire, différente de celle cinématographique, est souvent régie par un faisceau de dispositifs juridiques ayant recours tant aux droits de la propriété littéraire et artistique, qu'à ceux liés au droit des marques, des dessins et modèles etc. L'œuvre publicitaire contient plusieurs créations dont les photographies, les dessins, les graphismes, les textes, etc. d'auteurs différents que ne saurait comporter une œuvre cinématographique.

Une œuvre cinématographique, est définie juridiquement comme une œuvre à la réalisation de laquelle, ont participé plusieurs personnes dont, l'auteur du texte, le dialoguiste, le scénariste le réalisateur etc. La loi burkinabè la définit comme une œuvre de collaboration. *« Une* **" *œuvre de collaboration*** *" est une œuvre à la création de laquelle ont concouru au moins deux auteurs. La réalisation d'une telle œuvre peut être issue d'une collaboration relative lorsque la contribution individuelle de chaque auteur est susceptible d'être clairement identifiée ou d'une collaboration absolue, lorsque la contribution de chaque auteur n'est pas susceptible d'être individualisée dans l'œuvre créée en commun ».*[2]

Si l'œuvre publicitaire s'éloigne quelque peu de l'œuvre de collaboration, elle ne saurait non plus être l'œuvre d'une seule personne physique ou du reste, elle n'est pas la création d'une personne physique. Or, les différents auteurs dont les œuvres rassemblées, constituent l'œuvre publicitaire, n'ont pas de rapports de collaboration entre elles. Elles pourraient même s'ignorer mutuellement. A la différence de l'œuvre de collaboration, les créations dans l'œuvre publicitaire sont diluées dans l'œuvre, de nature à former avec elle, un tout indissociable. Dans l'œuvre cinématographique, les contributions individuelles des créateurs de l'œuvre sont facilement identifiables et chacun peut revendiquer sa part contributive. A travers l'article 59, le législateur burkinabè du 22 décembre 1999 a estimé à l'effet de pallier l'exercice abusif du droit des auteurs dans la diffusion de l'œuvre cinématographique, nécessaire d'opérer un transfert de leurs droits au profit du producteur, en stipulant que *« Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus aux auteurs, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ».*[3]

L'œuvre publicitaire ne serait – elle pas alors, une œuvre collective ?

Œuvre publicitaire : une œuvre collective

Une œuvre collective se définit comme celle réalisée sous l'initiative et la responsabilité d'une personne qui s'engage ainsi, à l'éditer et à la publier en son nom. En l'espèce, la loi Burundaise semble le traduire le plus fidèlement possible à son article1 qui, définissant les termes usuels, considère *« l'œuvre collective comme celle créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édicte, la publie et la divulgue sous sa direction et son*

nom, et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct de l'ensemble réalisé »[4]

De la définition de l'œuvre de collaboration et de l'œuvre collective, se dégage une intersection qui les rapprocherait l'une de l'autre. Si l'œuvre de collaboration s'éloigne de l'œuvre collective dans sa collaboration relative, la collaboration absolue dont elle peut également être issue, l'assimile à l'œuvre collective.

L'expression, « ….. *Lorsque la contribution de chaque auteur n'est pas susceptible d'être individualisée dans l'œuvre créée en commun* » détermine en effet, le caractère absolu de la collaboration entre les auteurs d'une œuvre de collaboration. Or, une œuvre collective serait celle « …… *dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct de l'ensemble réalisé* ».[5] Il ressort ici, une fusion qu'on pourrait qualifier de « collaboration relative » des contributions personnelles des acteurs, lesquelles se fondent dans l'ensemble de l'œuvre.

En l'espèce, il n'est pas possible d'attribuer à la contribution personnelle de chacun d'eux un droit distinct de l'ensemble réalisé, mais il semble possible de distinguer c'est-à-dire, d'individualiser la contribution personnelle de chacun. La nuance est importante, dans la mesure où, dans le cas d'une œuvre publicitaire, l'agence de publicité, auteur de l'œuvre réalisée sous sa responsabilité, contracte parfois avec des créateurs indépendants en vue de la réalisation de l'œuvre. C'est dire, qu'elle procède à un assemblage des créations individualisées en vue de la réalisation de l'œuvre publicitaire. Or, dans le cas d'une œuvre de collaboration, la contribution de chaque auteur n'est pas individualisable à fortiori, lui attribuer un droit distinct à chaque partie.

Aussi bien dans l'œuvre de collaboration que dans celle collective, il existe cependant, une certaine communion d'esprit à travers laquelle, les contributions des auteurs paraissent moins individualisées dans l'une que dans l'autre d'une part, et d'autre part, elles se fondent toutes, dans l'ensemble en vue duquel elles sont conçues sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun des auteurs un droit distinct de l'ensemble réalisé. L'œuvre collective, contrairement à l'œuvre de collaboration n'est pas issue d'une collaboration mais fruit d'une contribution de chacun se fondant dans un ensemble. La collaboration est l'essence de l'une d'où le nom, œuvre de collaboration et la contribution serait l'âme de l'autre dans l'esprit d'une construction collective, d'où, l'œuvre collective telle, un

dictionnaire, une encyclopédie, une publicité etc.

L'œuvre publicitaire se démarque également de l'œuvre de collaboration par la titularité des droits. Le titulaire des droits sur une œuvre collective se trouve être la personne physique ou morale ayant pris l'initiative et la responsabilité de l'éditer et de la publier sous son nom, alors que les titulaires des droits sur une œuvre de collaboration précise l'article27 de la loi burkinabè du 22 décembre1999 sont, *« Les coauteurs d'une œuvre de collaboration sont les premiers titulaires des droits moraux et patrimoniaux sur cette œuvre. Ils exercent leurs droits d'un commun accord ; en cas de litige, il appartient à la juridiction compétente saisie de statuer »*.[6]

Une œuvre publicitaire est une œuvre dont la réalisation nécessite la contribution de plusieurs créateurs. Les agences de publicité sont généralement les maitres d'œuvre délégué en rapport avec les annonceurs qui s'érigent en maitre d'ouvrage. Une œuvre publicitaire devient dans ce rapport agence de publicité-annonceurs, une œuvre de commande dont la protection juridique par le droit d'auteur est logée dans les contrats de commande d'œuvres publicitaires. Au demeurant, une œuvre publicitaire définie comme une œuvre collective à travers laquelle la contribution des auteurs se fond dans l'ensemble, cache parfois mal ce malaise dans le transfert des droits des créateurs des différentes contributions, objet de l'œuvre collective. Quels sont les droits reconnus à l'auteur d'une œuvre publicitaire ?

Les droits de l'auteur d'une œuvre publicitaire.

Les agences de publicité disposent, en tant que titulaires des droits moraux et patrimoniaux sur leurs œuvres collectives, de prérogatives patrimoniales leur permettant d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de leurs œuvres et de prérogatives morales qui leur confèrent entre autres, le droit de divulguer leurs œuvres, mais également le droit de revendiquer le respect de l'intégrité de leurs œuvres. L'agence de publicité ne saurait pourtant être auteur d'une œuvre. Elle demeure certes, titulaire des droits sur les œuvres créées, mais, l'autorat de celles-ci revient à leurs véritables auteurs. Quelles sont les conditions de protection d'une œuvre publicitaire qui, à la différence des autres œuvres littéraires et artistiques, méritent un examen attentif car, contenant quelques spécificités (A). Ensuite, l'analyse de la question non moins spécifique de la titularité des droits (B) dans les rapports agence de publicité et employés(a), ou dans les rapports agence de publicité et créateurs indépendants (b) traduit également toute la complexité de ce sujet.

Conditions de protection d'une œuvre publicitaire

L'article L122-1 du CPI dispose que sont protégés : « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quel qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* »[7] Sans égard pour son genre, sa forme, ou sa destination une œuvre, fut-elle publicitaire ou non, est protégeable. Une publicité attentatoire à la dignité de la femme, serait protégeable en tant qu'œuvre de l'esprit, mais certainement, censurée par les pouvoirs publics pour atteinte aux bonnes mœurs. La protection d'une œuvre, quel que soit sa destination, son genre, son mérite etc. étant le fondement de la théorie de « l'unité de l'art », l'œuvre publicitaire remplirait à cet égard, les conditions de l'unité de l'art et donc protégeable par le droit d'auteur.

A l'instar de toutes les créations littéraires et artistiques, une œuvre publicitaire doit en plus, et sans égard pour sa destination, ni son genre et encore moins sa forme, revêtir l'empreinte de la personnalité de son auteur afin d'être protégée. L'œuvre publicitaire doit être originale pour bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur. Le droit d'auteur exclut de la protection des créations originales, les idées, les concepts etc. Or, dans le domaine de la publicité, au regard de la brièveté de la conception de cet art, le fossé entre l'idée et l'œuvre y découlant, n'est parfois pas si grande. Et pourtant, le principe de la non protection des idées, a toujours été affirmé par les législateurs nationaux et conventionnels au motif que les idées sont de libres parcours et ne sauraient être l'appropriation exclusive d'une personne. Dès 1964, la Cour de Cassation française annonçait déjà à ce propos que : « *les idées sont dans le domaine public, à la disposition de tout exploitant* »[8]

Mais, la réalisation parfaite de l'idée dans une forme publicitaire est souvent difficile à apprécier. Quand est-ce qu'une forme publicitaire est dite achevée ? Comment apprécier si l'idée a été suffisamment ou insuffisamment exprimée? L'article L122-2 du CPI dispose à cet effet que : « *l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation même inachevée, de la conception de l'auteur* »[9] La réalisation même inachevée d'une conception de l'auteur, est réputée être créée. En d'autres termes, la matérialité d'une idée, d'une conception dans une forme, même inachevée serait réputée être une œuvre créée.

La précision semble être le critère retenu par le juge à qui il revient, la charge de décider de quand est-ce qu'une une idée ou une conception publicitaire est réputée être une œuvre publicitaire. Les « roughs » qui sont des croquis élémentaires donnant un aspect

graphique à l'annonce, ainsi que les « story board » dans le cadre de la production d'un film publicitaire, font de la création publicitaire, une œuvre de création même inachevée en la sortant du domaine des idées. A l'instar des idées, les thèmes publicitaires sont également exclus de la protection. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 22 avril 1969[10] à propos de l'affaire Procter et Gamble c/ Lever, illustre bien la non protection des thèmes publicitaires. Cette affaire opposait deux fabricants de lessive, l'un reprochant à l'autre d'avoir repris de façon abusive, le thème de la blancheur comparée, dont il estimait avoir la primeur. La cour d'appel a débouté le fabriquant de sa demande en considérant que *« le thème de la blancheur comparée ne constituait pas une idée originale et personnelle dont l'exploitation en matière de publicité pouvait être protégée….. ».*

Toutefois, quel qu'en soit le genre, la forme, la destination, ou le mérite, une œuvre publicitaire doit toujours revêtir un caractère original. L'originalité d'une œuvre publicitaire a cependant trait à l'originalité des créations qu'elle contient. Elle ne saurait être originale que par l'originalité des créations graphiques, photographiques, textuelles etc. qui la composent.

Dotée ainsi d'une originalité certaine, l'œuvre publicitaire soulève la question de la titularité des droits sur les créations originales qu'elle contient et qui, a priori, appartiennent à leurs auteurs. La titularité sur une œuvre publicitaire est à rechercher dans les rapports entre les agences de publicité et leurs créateurs employés d'une part, et d'autre part, entre les agences de publicité et les créateurs indépendants.

La titularité des droits sur l'œuvre publicitaire

L'œuvre publicitaire est une œuvre collective. Cette nature juridique lui confère une titularité décrite laconiquement à l'article 6 de la loi malienne du 17 Octobre 1984 comme suit : *« Lorsque l'œuvre est dite collective, le droit d'auteur sur cette œuvre appartient, sauf, preuve contraire, à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur ».*[11]

Cette disposition malienne ne se démarque pas strictement de la définition courante du titulaire d'une œuvre de l'esprit. Elle n'affiche pas de façon pertinente la responsabilité de l'auteur contrairement à la formulation du législateur burkinabè qui précise davantage les prérogatives du titulaire des droits d'auteur sur les œuvres collectives en l'occurrence les œuvres publicitaires. Son article28 dispose à cet effet que *« Le premier titulaire des droits moraux et patrimoniaux sur une œuvre collective est la personne physique ou morale à*

l'initiative et sous la responsabilité de laquelle l'œuvre a été créée et sous le nom de laquelle elle a été publiée ».[12]

La définition du législateur burkinabè faisant ressortir implicitement l'existence d'un rapport de droit entre les créateurs et la personne physique ou morale prenant l'initiative et détenant la responsabilité de la conduite de la publication de l'œuvre sous son nom, permet d'apprécier la question de la titularité de l'œuvre dans les rapports agences de publicité et créateurs salariés (a) ainsi que dans les rapports créateurs indépendants traitant avec l'agence de publicité (b).

Au-delà de ces rapports contractuels bien légitimes, la titularité des droits d'auteurs des agences de publicité est également sujette à une fréquente polémique entre les droits des agences de publicité et ceux des annonceurs souvent commanditaires des œuvres publicitaires (c).

La définition de l'œuvre collective du législateur burkinabè a dû finalement inspirer son collègue malien qui s'est aligné sur la position burkinabè à l'article38 de sa nouvelle loi de 2008[13], traduisant ainsi tout le malaise que suscitait la formulation plutôt alambiquée de l'article6 de la loi du 17 octobre 1984 relative à l'œuvre collective.

Les droits des créateurs salariés des agences de publicité

Il est fréquemment admis que la publicité relève, dans une économie libérale, des secteurs économiques dits concurrentiels. Elle échappe ainsi à l'emprise de l'Etat et est gérée par des promoteurs privés. Les salariés travaillant dans les agences de publicité sont à ce titre, des employés de droit privé et les rapports qu'ils entretiennent avec leurs employeurs sont régis suivant les dispositions de la loi du 13 mai 2008[14] portant code du travail au Burkina Faso.

Le droit d'auteur de ces créateurs, confinés dans un rapport contractuels de droit privé, sont régis selon les dispositions de l'article30 de la loi burkinabè du 22 décembre 1999 qui dispose que *« Dans le cas d'une œuvre créée par un auteur pour le compte d'une personne physique ou morale (ci-après dénommée « employeur ») dans le cadre d'un contrat de travail et de son emploi, le premier titulaire des droits moraux et patrimoniaux est l'auteur, mais les droits patrimoniaux sur cette œuvre, sauf disposition contraire du contrat, sont considérés comme transférés à l'employeur dans la mesure justifiée par les activités habituelles de l'employeur au moment de la création de l'œuvre ».*[15]

Cette disposition s'adapte parfaitement à ce cas de figure. Seul le droit moral des créateurs subsiste au transfert de leurs droits d'auteur. Les droits patrimoniaux étant considérés comme transférés à l'employeur avec une précision juridique fait cependant, frissonner. L'expression **« sauf disposition contraire du contrat »** ressemble à une corniche, une réserve que pourrait exploiter soit l'employé, soit l'employeur. En effet, généralement, les contrats de travail, préalablement signés au Burkina Faso, ne prévoient une disposition sur le sort des droits de propriété des créations futures et éventuelles des employés. Pratique peu courante, le silence de la loi donne en l'espèce du fil à retordre au juge qui aura la charge d'interpréter des dispositions non écrites dans la convention des parties.

C'est pourquoi, en France, aucune présomption de cession des droits au profit de l'employeur n'est autorisée et pire, la cession globale anticipée des droits patrimoniaux des employés est interdite. L'employeur doit à chaque fois, obtenir une cession expresse des droits des employés.

Mais, l'œuvre publicitaire étant une œuvre collective, avec des droits patrimoniaux considérés comme transférés à l'employeur atténue la rigidité de l'application de cette disposition. L'agence, peut en l'espèce, faire valoir ses droits patrimoniaux sans avoir à signer un contrat de cession avec ses employés, afin de bénéficier de la titularité des droits sur l'œuvre collective.

Les droits des créateurs indépendants dans l'œuvre publicitaire

Le principe de la cession des droits d'auteur des créateurs indépendants est énoncé à l'article L132-31 du CPI[16]. Cette disposition régit les relations contractuelles entre l'agence de publicité et les créateurs indépendants en vue de la réalisation de l'œuvre pour le compte de l'annonceur. L'alinéa1 de cet article énonce que : *« dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraine sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée d'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support ».*

L'article L132-31du CPI précité ne concerne que les œuvres de commande utilisée dans le cas spécifique de la publicité. Or, il est de pratique courante, qu'une œuvre publicitaire est a priori, une œuvre de commande. L'avantage de cette disposition est qu'elle définit

d'office la nature des œuvres publicitaires qui sont des œuvres de commande destinées à la publicité mais également, détermine le sort de la relation contractuelle entre le producteur et l'auteur. Cependant, les créateurs indépendants sont dans des rapports contractuels avec l'agence de publicité contrairement aux créateurs salariés dont, les droits d'exploitation sont transférés à l'agence par l'effet de la loi.

Quant au rapport entre le producteur de l'œuvre et l'auteur des créations publicitaires (b), il existe également, sauf disposition contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre. Il reste évident que cette forme de cession, à l'instar de la cession des créateurs indépendants, ne se formalise que dans un écrit. Cet écrit, sous la forme de « bon de commande » qui fonde très souvent les rapports contractuels entre l'agence de publicité et l'annonceur ne saurait être invoqué à l'appui d'une éventuelle demande de paternité de l'œuvre.

Une œuvre publicitaire est définie comme une œuvre collective dont on ne saurait identifier la contribution de chaque auteur afin de leur attribuer un droit distinct. Elle est également conçue comme une œuvre de commande, mais utilisée uniquement selon l'article L132-31 du CPI pour la publicité. En l'espèce, la propriété de l'œuvre publicitaire revenant à l'agence de publicité provient d'une part, de la cession des droits d'exploitation des œuvres « indépendantes » c'est-à-dire, des œuvres créées par des artistes indépendants, et d'autre part, de la cession par un réalisateur indépendant de l'œuvre publicitaire finie.

Ces cessions des droits en vue de l'exploitation des créations à des fins publicitaires, sont-elles de véritables actes de cession ?

En France, le Conseil d'Etat[17] pour répondre à la question de savoir si dans le silence des conventions, la vente de l'original d'une œuvre doit-elle comprendre la vente du droit de reproduction de celle-ci, avait estimé que si le propriétaire a aliéné le tableau, le cessionnaire est subrogé dans tous ses droits y compris au droit de reproduction sauf si des réserves ont été expressément prévues dans le contrat de cession. Le droit de reproduction fait partie intégrante des droits des créateurs tout aussi indépendants que salariés de l'agence de publicité. L'écrit étant l'exigence dans les transactions en droit d'auteur, il est plutôt recommandé de l'exiger. Cependant, si l'auteur d'une œuvre musicale cède son œuvre à une agence de publicité, celle-ci est-elle subrogée dans tous les droits de l'auteur y compris ceux relatifs à la reproduction de l'œuvre ? A priori, et de l'esprit du Conseil d'Etat, cette subrogation est effective sauf si des réserves ont été

expressément prévues dans le contrat. D'où, l'importance capitale des contrats en matière de cession en droit d'auteur. Ce qui n'est pas très courant sous nos tropiques.

Aussi, dès lors qu'un créateur indépendant, cède à l'agence les droits d'exploitation sur sa création, et à moins que le contrat n'émette des réserves, l'agence de publicité devenant par ce fait cessionnaire des droits est donc subrogée dans les droits de reproduction de l'auteur. Tels se présentent les rapports entre créateurs indépendants et agence de publicité.

Qu'en est-il du rapport entre annonceur et agence de publicité, auteur de l'œuvre.

Les rapports annonceurs et agence de publicité

Une agence de publicité, n'est que cessionnaire des droits dans ses rapports avec les créateurs indépendants et producteur dans ses relations avec ses créateurs salariés. Elle devient à ce titre titulaire des droits patrimoniaux car, les droits moraux sont incessibles. L'agence cessionnaire des droits, est également propriétaire du support corporel différent du support incorporelle de l'œuvre. Elle jouerait ainsi, le rôle de producteur de l'œuvre publicitaire face aux créateurs indépendants, notion jusqu'alors inconnue dans la pratique publicitaire. Elle est une initiative de la loi française du 3 juillet 1985[18] qui, sans aucune précision, ne permet pas non plus, de distinguer entre le producteur annonceur en raison de son rôle de financement, et l'agence productrice eu égard à son rôle de coordonnateur.

En fonction du statut du créateur, le transfert des droits à l'agence peut être suivant l'esprit de l'article30 de la loi burkinabè du 22 décembre 1999, du fait de la situation de salarié du créateur, ou par suite d'un acte contractuel stipulant expressément la cession des droits d'où, l'hypothèse d'une œuvre de commande. Mais en fait, l'exception qui s'invite au doute sur la titularité des droits de l'agence, est le cas de l'œuvre publicitaire qui fait de l'agence, la personne morale investie des droits d'auteur à titre originaire, et qui peut ainsi revendiquer la propriété prévue à l'article L131-3 du CPI[19]. En tout état de cause, il ne saurait y avoir deux titulaires distinctes sur une œuvre. L'annonceur, commanditaire de l'œuvre publicitaire peut –il se prévaloir d'une certaine titularité sur cette œuvre ?

Dans l'ignorance des droits, l'annonceur a rarement discuté de la titularité des droits d'auteur sur les œuvres publicitaires qu'il commande avec les agences de publicité. Les annonceurs se considérant libres d'exploiter des œuvres qu'elles pensent avoir acquises pendant que les agences estiment n'avoir remis à l'annonceur, que le travail accompli

suivant la commande passée. Aussi, seul le support matériel contenant l'œuvre est remis à l'annonceur. Les droits liés à l'exploitation de l'œuvre ne sont pas en principe, transférés ni cédés à l'annonceur par l'acte de remise du support matériel. Or, l'article L.131-3[20] du CPI dispose que : *« la cession des droits d'auteur ne se présume pas et ne peut que résulter d'un contrat spécifiant les droits cédés et l'étendue de la cession et plus particulièrement dans le cadre d'une œuvre de commande pour la publicité ou la cession des droits doit préciser la rémunération due pour chaque mode d'exploitation, le territoire, la durée, le tirage, le support. ».*

Dans le contexte burkinabè, il très rare que les annonceurs signent un contrat avec les agences de communication encore moins, sur la cession des droits lui conférant la titularité des droits. La pratique consiste en l'émission d'un bon de commande et certainement, en l'apposition de la formule laconique « tous droits réservés » au bas de la facture de l'agence qui malheureusement, reste insuffisante pour valider une cession des droits d'auteur.

La cour d'appel de Paris et la cour de cassation ont pourtant, rendu successivement le 18 novembre 2009[21] et le 8 décembre 2009[22] deux arrêts dans un sens plutôt favorable aux annonceurs. Dans la première affaire, la cour d'appel a estimé que l'article L131-3 du CPI [23], qui exige un écrit pour constater la cession des droits, a vocation à protéger les auteurs seulement. Or, pour cette cour, un auteur ne saurait être une personne morale. A ce titre l'agence de communication ne peut être auteur de la création publicitaire et par conséquent ne peut céder les droits d'une œuvre dont elle n'est pas auteur. Aussi, est-elle sensée avoir cédé tous les droits d'exploitation de l'œuvre à l'annonceur car, avait-elle conscience de l'exploitation commerciale qu'en fera ce dernier. Ce qui ne devrait exclure un contrat écrit.

Enfin, dans la seconde affaire, la cour de cassation a jugé que le *« contrat de commande pour la publicité »* tiré de l'article L132-31 du CPI[24] n'est pas destiné à régir les relations entre agences et annonceurs, mais seulement entre auteurs personnes physiques et sociétés commerciales, c'est-à-dire entre agences et créateurs indépendants. Ainsi, les rapports entre agences et annonceurs ne sont plus régis par le régime du code de propriété intellectuelle, mais plutôt par les dispositions des articles 1341[25] et 1348[26] du code civil relatives aux conditions de recevabilité de la preuve.

Une heureuse tentative de solution radicale a été proposée en France par le contrat type de 1961 contenant une clause de cession automatique libellée comme suit : « l'exploitation par l'agence pour le compte de l'annonceur de tous les travaux de création publicitaire ou leur règlement, implique la cession automatique à l'annonceur de tous les droits de reproduction résultant notamment de la propriété littéraire et artistique tel qu'ils sont définis par la législation en vigueur ». Malheureusement, cette clause ne vise que les actes de reproduction. Les actes de représentation, domaine d'exploitation par excellence des créations publicitaires en sont exclus.

Notes

1. Cf. C. BIGOT, Droit de la création publicitaire L.G.D.J, 1997
2. Cf. lexique de la loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
3. Cf. Loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
4. Cf. Loi n°1/021 portant protection du droit d'auteur et des droits voisins au Burundi/ www.droit –afrique.com/images/textes/Burundi/burundi-Loi-2005-protection –droits-d'auteurs-droits-voisins-pdf
5. Cf. lexique de la loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
6. Cf. Loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
7. Cf. Code de propriété intellectuelle – www .legifrance.gouv.fr
8. Cf. Cass. Com. 16 juin 1964-www.dea-dtcm.u-paris2.fr/Cours/Cours-2006/hazan/pub_2007_protection_créations.pdf
9. Cf. Code de propriété intellectuelle – www .legifrance.gouv.fr
10. Cf. Arrêt CA. Paris du 22 avril 1969 - www.dea-dtcm.u-paris2.fr/Cours/Cours-2006/hazan/pub_2007_protection_créations.pdf
11. Cf. Loi n°84-26/AN-RM du 17 octobre 1984 abrogeant et remplaçant l'ordonnance n°77-46 du 12 Juillet 1977 fixant le régime de la propriété littéraire et artistique – www.droit-afrique.com/images/textes/Mali/mali-propriété littéraire et artistique.pdf
12. Cf. Loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
13. Cf. Loi n° 08 - 024 / du 23 juillet 2008 fixant le régime de la propriété littéraire et artistique en République du Mali http://193.5.93.81/wipolex/fr/text.jsp?file_id=197932
14. Loi n°28-2008/an du 13 mai 2008 portant code du travail au Burkina Faso – www.legiburkina.bf
15. Cf. Loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
16. Cf. Code de propriété intellectuelle – www .legifrance.gouv.fr

17. Voir arrêt cité par Augustin-Charles RENOUARD dans « Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts », Volume 2 p.301
18. Cf. loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d’auteur et aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes – www.legifrance.gouv.fr
19. Cf. Code de propriété intellectuelle – www .legifrance.gouv.fr
20. Idem
21. Cf. CA de Paris 18 novembre 2009 – www.strategies.fr
22. Cf. C. Cass. 8 décembre 2009 _ www.strategies.fr
23. Cf. Code de propriété intellectuelle – www .legifrance.gouv.fr
24. Art. L132-31 du CPI, éd, 2016.
25. Art. 1341 Code civil français, 21 mars 1804 – www.dalloz-boutique.fr/code-civil-des-français-de-1804.html
26. Idem