

## Zur Diskussion / A discuter

### Les créations publicitaires: protection et restrictions

**CLAUDIA MARADAN\***

Le 26 octobre 2006 s'est tenu à Lausanne un séminaire «5 à 7» organisé en commun par le Forum Suisse pour le Droit de la Communication (SF-FS) et la Fédération romande de publicité & de communication (FRP). L'édition de cette année avait pour thème «Les créations publicitaires, protection et restrictions». Les participants ont pu écouter deux conférenciers: Ivan Cherpillod, professeur à l'Université de Lausanne et avocat dans cette même ville, d'une part, et Michèle Burnier, avocate à Genève et membre de la Commission Suisse pour la Loyauté, d'autre part.

En introduction, Alfred Haas, président de la FRP, a relevé qu'il arrivait malheureusement trop souvent que des créations publicitaires, présentées par leurs auteurs notamment lors de concours, puis laissées dans l'oubli, revoient subitement le jour sous la signature d'un autre auteur ou pour le bénéfice d'un autre projet. C'est pour cette raison que la FRP a souhaité, en association avec le SF-FS, organiser un séminaire où les questions traitées seraient abordées du point de vue de l'auteur de créations publicitaires, et ce sous deux angles: d'une part, l'attention qu'il faut prêter aux droits antérieurs de tiers, et d'autre part, la protection qui est accordée à sa propre création.

La première conférence, présentée par Ivan Cherpillod, avait pour thème «De l'emprunt illicite à l'imitation illégale». Sous ce titre, dont Ivan Cherpillod a relevé, sur le ton de la boutade, qu'il ne laissait guère de place aux créations licites, ont été traitées les conditions de la protection des créations publicitaires par le droit d'auteur ainsi que les limites de cette protection.

Ainsi, pour être protégée par le droit d'auteur, une création publicitaire doit, d'une part, pouvoir être qualifiée de création littéraire ou artistique<sup>1</sup>, et d'autre part, présenter un caractère individuel (art. 2 LDA). La condition du caractère individuel est décisive et contient indiscutablement une part d'appréciation importante. Ivan Cherpillod l'a définie comme «une multitude de choix personnels qui, dans l'ensemble, permettent d'attribuer une œuvre à un auteur déterminé». Il a également précisé que la notion d'individualité de l'œuvre ne comportait pas de critère qualitatif. Pour illustrer son propos, il a présenté des exemples tirés de la jurisprudence suisse<sup>2</sup>, et en particulier mis en parallèles deux arrêts bien connus du Tribunal fédéral en matière de photographie: l'arrêt «Bob Marley»<sup>3</sup>, d'une part, et l'arrêt «Christoph Meili»<sup>4</sup>, d'autre part.

Ensuite, Ivan Cherpillod a traité la question de la reproduction d'une œuvre, en rappelant qu'une telle création ne pouvait être qualifiée d'illicite que si elle reprenait des éléments protégés de l'œuvre originale. Si tel est le cas, la reproduction est illicite même si elle ne reprend que certains éléments de l'œuvre originale, sous forme modifiée ou non. Au moyen de nombreux exemples tirés des pratiques judiciaires suisse, française et américaine, Ivan Cherpillod a ensuite démontré à quel point la frontière entre emprunt licite et reproduction illégale était ténue, surtout en matière publicitaire, où le message par nature court ne laisse guère de place à des développements substantiels susceptibles de «diluer» le caractère individuel des éléments repris et de les faire ainsi passer à l'arrière-plan. Et Ivan Cherpillod de conclure sa conférence par le conseil suivant: «Mieux vaut être créatif!».

La seconde conférence, présentée par Michèle Burnier, était intitulée «Protection des idées et créations publicitaires». Sous ce titre, ont été traitées, d'une part, la question de la titularité des droits sur les créations publicitaires, et d'autre part, la protection de ces créations sous l'angle de la loi contre la concurrence déloyale (LCD). Par ailleurs, Michèle Burnier a présenté la Commission Suisse pour la

<sup>1</sup> A savoir une création faisant appel à un langage, quel qu'il soit, aux sons, aux lignes, formes ou couleurs, ou encore au geste.

<sup>2</sup> TF, sic! 2001, 729: «Vaca lechera»; OGer AG, RSPI 1988, 128 et KGer SG, RSPI 1989, 62: pictogrammes représentant un joueur de football, respectivement des nageurs prêts à prendre le départ.

<sup>3</sup> ATF 130 III 168.

<sup>4</sup> ATF 130 III 714.

Loyauté et remis aux participants les règles de celle-ci relatives à la loyauté dans la communication commerciale.

La création publicitaire impliquant plusieurs intervenants (agence de publicité, designer, photographe, etc.), la question de savoir à qui appartiennent les droits sur cette création est déterminante. Appartiennent-ils au client, au publicitaire ou à un tiers?

Michèle Burnier a rappelé que la liberté contractuelle primait en droit suisse. Ainsi, à défaut d'accord contractuel précis entre les parties, la question de la titularité des droits doit être interprétée à la lumière de la théorie de la finalité, selon laquelle l'étendue de la cession des droits d'utilisation correspond à l'étendue de l'utilisation nécessaire pour atteindre le but poursuivi par le contrat. En cas de doute, l'interprétation se fait en faveur de l'auteur. La conférencière a également rappelé l'importance de la phase précontractuelle et la nécessité, à ce stade, pour les agences de publicité de se prémunir contre les «pillages», en attirant l'attention de leurs clients sur le caractère confidentiel des documents qui leur sont remis aux fins d'étude, et si possible en obtenant la signature d'accords de confidentialité.

Ensuite, Michèle Burnier a parlé de la protection des créations publicitaires par la loi contre la concurrence déloyale (LCD), et plus précisément par l'art. 5 LCD. Cette disposition présente un intérêt non négligeable pour les agences de publicité, car elle protège les auteurs contre l'exploitation indue de leur travail, sans qu'il soit nécessaire que ce travail soit protégé par une loi spéciale de propriété intellectuelle. En effet, le caractère déloyal des comportements visés par l'art. 5 LCD tient aux circonstances dans lesquelles les informations ont été recueillies ou exploitées, non au fait que ces informations soient protégées par une loi spéciale. Puis, Michèle Burnier a rappelé les conditions d'application de l'art. 5 LCD: premièrement, seul est protégé le résultat concret d'un travail, contrairement à la simple idée, qui n'est pas encore fixée sur un support. Ensuite, il faut que le résultat de ce travail ait été confié au contrevenant, ou qu'il lui ait été remis indûment, ce qui présuppose qu'il ait un caractère confidentiel. Enfin, il faut que l'exploitation de ce travail soit indue, c'est-à-dire qu'elle ait eu lieu sans l'accord du titulaire des droits.

Ainsi l'application de l'art. 5 LCD et la question de savoir qui est titulaire des droits sont intimement liées. C'est pourquoi Michèle Burnier a conclu sa conférence en préconisant l'installation d'une bonne communication entre client et agence de publicité, une clarification des droits de tous les intervenants au plus tôt dans la relation contractuelle, ainsi que la rédaction de contrats détaillés afin d'éviter des litiges ultérieurs. A cet égard, elle a rappelé que les associations professionnelles tenaient parfois à disposition de leurs membres des canevas pour la rédaction de tels contrats.

A l'issue des présentations, les participants ont eu l'occasion de poser des questions aux conférenciers. Il en est en particulier ressorti que les agences de publicité ne se permettent que très rarement d'interpeller leurs clients sur l'étendue de la cession des droits, ou sur le caractère confidentiel des projets qui leur sont remis. Ivan Cherpillod et Michèle Burnier leur ont donné quelques pistes, dont ils pourront certainement tirer avantage.

\* Dr en droit, avocate, Lausanne.