

**Conseil supérieur
de la propriété littéraire et artistique**

**Rapport de la mission sur
les banques d'images sur Internet**

Chefs de mission :

Mme Anne-Elisabeth Crédeville, conseiller à la Cour de cassation, vice-présidente du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Mme Françoise Benhamou, professeur des universités, membre de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, membre du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Rapporteur de la mission :

Christophe Pourreau, maître des requêtes au Conseil d'Etat

15 juillet 2013

Introduction

Le marché des images photographiques a connu au cours des dernières décennies des bouleversements technologiques et économiques importants.

Ces dernières années ont été marquées par le développement sur Internet de banques d'images d'illustration (dites « microstocks ») qui proposent à la vente des photographies en grand nombre, réalisées par des auteurs professionnels ou amateurs, pour des prix le plus souvent très inférieurs à ceux pratiqués par les structures professionnelles traditionnelles.

Les organisations professionnelles représentant tant les photographes que les agences de presse ou d'illustration considèrent que ces banques d'images créent une concurrence déloyale. Elles soutiennent, d'une part, que les prix pratiqués par les sites de microstocks mettent en péril la survie de leur activité et, d'autre part, que les licences d'utilisation des photographies acquises sur ces sites méconnaissent les règles du droit d'auteur.

Dans le cadre de sa fonction d'observatoire de l'exercice et du respect du droit d'auteur et des droits voisins, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a chargé une mission d'étudier l'activité de ces banques d'images.

L'objet du présent rapport est d'analyser les pratiques des banques d'images sur Internet dans le contexte, plus large, des évolutions du marché de la photographie, de déterminer le droit qui leur est applicable et d'examiner la compatibilité de leurs pratiques au droit ainsi applicable.

1. Le marché des images photographiques a connu au cours des dernières années des bouleversements profonds

Le marché des images photographiques est un marché complexe, qui se caractérise par sa grande diversité et par la profondeur des bouleversements qu'il a connus au cours des dernières années, principalement sous l'effet des évolutions technologiques.

1.1. Le marché des images photographiques se caractérise par sa diversité

Les images photographiques s'échangent sur des marchés très divers¹. On peut distinguer : le marché de l'art, la presse, l'édition, le marché de la communication au sens large et la photographie à usage domestique (photographies d'identité ou d'événements familiaux).

A ces marchés correspondent traditionnellement des acteurs et des modèles économiques distincts.

Dans le marché de l'art, la signature de l'auteur est primordiale. Des tirages originaux sont vendus, directement ou via des galeries, à des collectionneurs ou à des institutions, moyennant une rémunération égale à un pourcentage du prix de vente².

Dans la presse, les photographies, essentiellement d'actualité, sont soit réalisées par des photographes salariés ou pigistes, soit acquises auprès d'agences spécialisées. Ces agences cèdent aux titres de presse le droit de reproduction de ces photographies, à titre exclusif ou non, moyennant une rémunération fixe qui est fonction du format des images et du tirage estimé des titres de presse.

Dans l'édition de livres de photographies, les photographes cèdent à l'éditeur une copie de leurs œuvres ainsi que le droit de les reproduire et de les vendre moyennant une rémunération qui est proportionnelle aux recettes d'exploitation de l'œuvre éditée.

Le marché de la photographie de communication est composé de plusieurs segments : la mode, la publicité, la photographie d'illustration³, notamment la photographie d'illustration institutionnelle. Selon les segments, les modèles économiques varient. Dans la mode, les photographies sont le plus souvent réalisées sur commande par des photographes indépendants ou des agences spécialisées moyennant une rémunération convenue à l'avance. Dans la photographie d'illustration pure, de façon croissante, les entreprises acquièrent le droit de reproduire une photo moyennant une rémunération forfaitaire.

Les frontières entre ces différents marchés ne sont pas étanches : des photojournalistes réalisent des expositions et concluent des contrats d'édition ; des photographes alternent entre la photographie d'actualité et la photographie d'illustration, etc.

1.2. La photographie a connu des bouleversements d'ordre technologique et économique

Ces bouleversements ont d'abord été d'ordre technologique.

La photographie numérique a modifié le travail des photographes. Si les coûts fixes d'acquisition des appareils et des logiciels ont crû aux dires des professionnels, du fait notamment des évolutions techniques, qui obligent à un renouvellement régulier des matériels, le coût marginal de production des photographies a fortement baissé.

La technologie numérique a aussi facilité le stockage et la mise à disposition des images à des prix réduits.

¹ Voir Sagot-Duvaurox, Dominique, « Quels modèles économiques pour les marchés de la photographie à l'heure du numérique ? », Culture visuelle, 7 juin 2010.

² La mission n'inclut pas la question des photographies vendues sur les marchés de l'art. Sur ce point, cf. Pot N. et Beyaert P., Evaluation des procédures d'aides à la photographie, Ministère de la culture et de la communication, juin 2011.

³ Qui comporte elle-même des sous-segments spécialisés : la photographie industrielle, automobile, culinaire, etc.

En outre, les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) ont favorisé la circulation des images, d'abord sur Cd-rom, maintenant via Internet, et leur reproduction.

Ces évolutions ont fragilisé la position de certains acteurs de la filière photographique (laboratoires, iconographes, notamment) et favorisé la concurrence des photographes amateurs. Elles ont aussi rendu plus aisée l'utilisation gratuite d'images, notamment d'images trouvées sur Internet.

Les évolutions technologiques ont également affecté la place de l'image fixe dans nos sociétés.

Si l'image est de plus en plus présente, l'image fixe fait face à la concurrence croissante de l'image animée, y compris sur les sites Internet.

Par ailleurs, le développement de la télévision, notamment des chaînes d'information en continu, et des usages de l'Internet a réduit le rôle de la presse dans l'accès à l'information et, par voie de conséquence, diminué le caractère stratégique de l'iconographie pour certains titres de presse (« Les journaux n'écrivent plus par l'image »).

La photographie a aussi connu des bouleversements d'ordre économique.

D'une part, les difficultés économiques de la presse ont conduit à une réduction des effectifs de photographes et des crédits et commandes photographiques, notamment pour les photographies d'actualité.

D'autre part, le marché de la photographie d'illustration s'est concentré entre les mains de quelques acteurs importants, notamment américains, tels que Corbis ou Getty images. Cette concentration s'explique par le montant des investissements requis pour la numérisation et le référencement⁴ des œuvres, qui, dans le monde des NTIC, sont devenus des facteurs clé de succès des agences de photographies.

Si les marchés de l'art ou de la mode semblent avoir été peu transformés par ces évolutions, d'autres l'ont été fortement.

Ainsi, le prix des photographies a fortement baissé sur les marchés de la presse et de la photographie d'illustration. La pression en faveur d'un assouplissement des règles du droit d'auteur s'est accrue, et des opérateurs ont contourné ces règles en recourant de façon croissante à des photographies dites « DR », pour droits réservés, dont les ayants droit ne sont pas identifiés. Sous l'effet de ces bouleversements, le nombre des agences photographiques d'information et d'illustration s'est fortement réduit en quelques années, de même que les effectifs de photographes professionnels.

Selon le ministère de la culture, on comptait en 2008 17 692 photographes dans la catégorie « professions des arts plastiques et des métiers d'art »⁵. Entre 2001 et 2009, le nombre de photojournalistes serait passé de 1 526 à 1 315 et le rapport entre le nombre de photojournalistes et le nombre de journalistes encartés serait passé de 4,4% à 3,5%, malgré la baisse de l'effectif de ces derniers⁶.

⁴ Nom de l'auteur et attribution de mots-clés permettant aux acheteurs intéressés de visionner l'image dans le grand nombre des images disponibles.

⁵ Source : ministère de la culture et de la communication, chiffres clés 2012.

⁶ Source : rapport de l'inspection générale des affaires culturelles (IGAC), Photojournalistes : constat et propositions, 2010. Il faudrait ajouter à cet effectif 400 à 500 personnes salariées pour de faibles montants auprès des entreprises de presse. Source : Vauclaire C. et Debeauvais R., Etude de la filière du photojournalisme, appui à la mission de l'IGAC, 2010.

En réaction, les photographes ont, d'une part, développé de nouvelles formes d'organisation⁷ et cherché à diversifier leurs activités et leurs sources de revenus.

Cette diversification n'est pas allée sans certains inconvénients, notamment pour les photojournalistes. En effet, le journaliste dont les revenus annexes dépassent les revenus versés par des titres de presse ne se voit plus reconnaître la qualité de journaliste professionnel et est privé de la carte de presse⁸.

D'autre part, les photographes ont accepté de façon croissante de céder le droit de reproduction de leurs photographies, moyennant une rémunération forfaitaire, pour des durées très longues et sans limitation dans l'espace : c'est ce qu'on appelle improprement (par une traduction de l'expression de langue anglaise « royalty-free », ou RF) la vente de photographies « libres de droits », par opposition aux photographies « en droit gérés » (« rights managed », ou RM), dont les droits de reproduction sont précisément définis dans le contrat (type de support, tirage, durée d'exploitation, zone géographique, etc.).

2. Ces évolutions se sont accélérées avec le développement des banques d'images sur Internet

Depuis une douzaine d'années sont apparues des sociétés qui proposent, à des prix très inférieurs à ceux pratiqués par les structures professionnelles traditionnelles, des photographies pouvant être utilisées sans limitation du nombre de reproductions : ce sont les banques d'images sur Internet, autrement appelées « microstocks ».

Les principaux acteurs de ce marché sont des sociétés de droit américain : Shutterstock (www.shutterstock.com), Fotolia (www.fotolia.com)⁹, Thinkstock (www.thinkstockphotos.com) et iStock (www.istockphoto.com), toutes deux filiales du groupe Getty images, 123RF (www.123rf.com), Dreamstime (www.dreamstime.com), ou canadien : Masterfile (www.masterfile.com).

Cependant, on compte également des acteurs européens, et notamment français, tels que : Stocklib (www.stocklib.fr), PhotoNonStop (www.photononstop.com), GraphicObsession (www.graphicobsession.com), Phovoir (www.phovoir.com) ou Matton Images (www.matton.fr).

2.1. Le fonctionnement des sites de microstocks

Le fonctionnement des sites de microstocks repose sur la signature, d'une part, de contrats entre les photographes contributeurs et l'exploitant (la banque d'images) pour le téléchargement de contenu en amont (*upload*) et, d'autre part, de contrats entre l'exploitant et les utilisateurs pour le téléchargement de contenu en aval (*download*).

Contributeurs et utilisateurs n'ont pas d'autre possibilité que de souscrire aux conditions générales d'utilisation affichées par les exploitants sur leur site Internet.

Ces conditions stipulent en règle générale que les contrats sont régis par la loi du pays d'établissement des sociétés concernées. Ainsi, pour Fotolia et Shutterstock, il s'agit de la loi de l'Etat de New-York.

⁷ Selon le rapport de Vaclare et Debeauvais (*op. cit.*), des photojournalistes ont fait émerger des collectifs, le plus souvent administrés sous forme associative. On comptait en 2004 une soixantaine de collectifs ; certains sont devenus des agences (Vu), d'autres fonctionnent encore (Tendance floue), d'autres ont disparu depuis (L'œil public).

⁸ L'article L. 761-2, premier alinéa, devenu l'article L. 7111-3 du code du travail dispose en effet : « 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* ».

⁹ Fondée par des français en 2004, opérationnelle en 2005. En 2011, Fotolia a obtenu de la Hadopi, dans le cadre de sa mission d'encouragement au développement des offres en ligne respectueuses des droits des créateurs prévue par l'article L. 331-23 du code de la propriété intellectuelle, le label PUR (« promotion des usages responsables »).

2.1.1. Les contrats d'upload

Les contrats d'*upload* sont soit des contrats d'exclusivité totale, ce qui signifie que le contributeur s'engage à ne télécharger ses œuvres que sur le site de l'exploitant concerné, soit des contrats d'exclusivité partielle, pour lesquels le contributeur détermine œuvre par œuvre les règles d'exclusivité, soit des contrats de non exclusivité.

Si les contrats prévoient que le contributeur s'engage à ne télécharger que des œuvres dont il est l'auteur exclusif, ils stipulent également qu'il n'incombe pas à l'exploitant de vérifier les œuvres et contenus qu'il héberge.

Les contributeurs autorisent l'utilisation de leurs œuvres sans limitation de temps et d'espace.

En revanche, la nature, voire le nombre des utilisations autorisées peut varier selon la formule retenue par le contributeur.

Des contrats dits de « licence standard » autorisent l'utilisation des images à seules fins d'illustration ou de marketing, parfois pour un nombre limité, quoique élevé, de diffusions (250 000 pour Shutterstock).

Des contrats dits de « licence étendue » ou de « licence supérieure », mieux rémunérés, permettent aux utilisateurs d'utiliser les images, sans limitation du nombre de diffusions, y compris pour la réalisation de produits ou de services dérivés destinés à la vente ou à la distribution.

La rémunération des contributeurs est proportionnelle au nombre de photographies téléchargées, mais elle est indépendante du nombre d'utilisations subséquentes de ces photographies par les utilisateurs.

Les règles de calcul de la rémunération due en cas de téléchargement d'une photographie varient selon les exploitants.

Chez Fotolia, la rémunération due pour chaque image téléchargée est égale au produit du prix de vente par un taux de commission, allant de 20% à 63% et dépendant des options d'exclusivité choisies ainsi que du nombre d'œuvres précédemment vendues par le contributeur.

Chez Shutterstock, la rémunération due pour chaque image téléchargée est égale au produit du prix de vente par un taux de commission, allant de 20% à 30%, dans la limite d'un plafond de 80 \$ à 120 \$, et dépendant notamment du nombre d'œuvres précédemment vendues par le contributeur.

Chaque partie peut résilier le contrat unilatéralement à tout moment, mais, dans le cas où un contributeur résilie son contrat ou demande le retrait d'une ou plusieurs œuvres, l'exploitant se réserve la possibilité de la ou les conserver à seules fins d'archivage et de référencement interne.

Des contrats comportent également une clause limitant la responsabilité de l'exploitant dans le cas où il s'est trouvé dans l'incapacité d'exercer ou de faire respecter un droit du contributeur ou une stipulation du contrat.

2.1.2. Les contrats de download

Les contrats de *download* stipulent que l'exploitant accorde à l'utilisateur le droit non exclusif, non transférable et non cessible d'utiliser et reproduire les œuvres téléchargées à des fins personnelles ou commerciales sans limitation de temps et d'espace, soit un nombre illimité, soit un nombre très élevé de fois (250 000 fois pour Shutterstock).

Certains exploitants prévoient néanmoins des dérogations au caractère non transférable de l'œuvre téléchargée.

Ainsi, les contrats proposés par Fotolia stipulent que l'utilisateur peut lui-même accorder à un tiers, mais à un seul, le droit d'utiliser et de reproduire les œuvres qu'il télécharge, sous réserve que ce tiers respecte les termes du contrat de *download*.

Les contrats précisent parfois les règles d'incorporation des œuvres téléchargées dans d'autres œuvres.

Par exemple, les contrats proposés par Fotolia stipulent que l'utilisateur ne peut pas vendre une œuvre qu'il a téléchargée, sauf à ce qu'elle soit incorporée dans une autre œuvre et qu'elle ait été substantiellement modifiée ou que la valeur de l'œuvre dans laquelle elle est incorporée ne réside pas dans l'œuvre téléchargée.

Les contrats comportent des clauses par lesquelles l'utilisateur s'engage à ne commettre aucun agissement qui porterait atteinte aux droits de la propriété intellectuelle et, notamment, à toujours associer à l'œuvre le nom de son auteur. Certains autorisent cependant des dérogations au respect du droit de paternité quand, dans la situation concernée, la mention du nom de l'auteur n'est ni requise, ni habituelle.

Ils comportent également des clauses limitant la responsabilité de l'exploitant à raison de l'utilisation de l'œuvre par l'utilisateur.

Enfin, pour le paiement des œuvres, les exploitants prévoient des formules d'achat à l'unité ou des formules d'abonnement ouvrant droit au téléchargement d'un nombre défini de photographies, par jour, mois ou année, gratuitement ou moyennant un tarif réduit.

2.2. Le développement des sites de microstocks a accéléré les évolutions du marché de la photographie

Le développement des sites de microstocks a accéléré les tendances à l'œuvre sur le marché de la photographie.

Ces sites ont contribué à une augmentation brutale du nombre d'images immédiatement accessibles sur le marché de la photographie d'illustration. Le stock d'images proposées à la vente par ces sociétés croît chaque jour et dépasse souvent le chiffre de 20 millions. En tapant les mots « pomme » ou « réunion » sur le site d'iStock, on obtient dans chaque cas près de 100 000 références.

En conséquence, le prix des photographies d'illustration a fortement diminué¹⁰. Sur le site de Fotolia, le prix varie de 1 € à 36 € en fonction de la résolution de la photographie et du nombre d'œuvres précédemment vendues par le contributeur et est fixé à 100 € en cas d'option pour la licence étendue.

Par ailleurs, les photographes, qui cèdent le droit de reproduction de leurs œuvres sans limitation du nombre de diffusions, de durée et d'espace ignorent l'identité des acheteurs et perdent le contrôle de l'utilisation qui en sera faite par ces derniers.

Ce phénomène ne date certes pas de l'apparition de ces sites : au début des années 1990, des sociétés vendaient déjà à prix forfaitaire des Cd-roms de photographies dites libres de droits. Mais il s'est accentué avec le développement des microstocks, même si l'apparition de logiciels et sociétés spécialisées dans la reconnaissance d'images permet de façon croissante de tracer l'utilisation des images sur Internet.

Ainsi, le marché de la photographie d'illustration est devenu un marché de prix très bas et de volumes importants.

Si les responsables des sites de microstocks soutiennent que la baisse des prix a permis de détourner un certain nombre d'acquéreurs de l'utilisation frauduleuse d'images gratuites, elle a fortement affecté les revenus des photographes.

¹⁰ Selon le rapport de Vauclare et Debeauvais (*op. cit.*), les prix ont été divisés par cinq entre 2002 et 2009.

Certains se sont adaptés à cette nouvelle situation en modifiant leur façon de travailler. Essayant d'anticiper la demande, ils mettent en ligne des images en nombre important et s'appuient sur le volume des photographies téléchargées pour dégager des revenus suffisants.

D'autres ont développé des stratégies de différenciation. Des images de meilleure qualité sont vendues en exclusivité à des prix supérieurs. Des agences se sont spécialisées dans des niches pour préserver leurs marges.

En revanche, les autres segments du marché de la photographie, tels que les marchés de la photographie d'art ou d'actualité, semblent être restés à l'écart de ce mouvement.

Les sites de microstocks peuvent néanmoins affecter indirectement l'activité de photographes relevant de ces spécialités et pour lesquels la photographie d'illustration constitue une source complémentaire de revenus.

3. Les banques d'images sur Internet sont des éditeurs de services de communication en ligne auxquels s'appliquent les règles du droit d'auteur

L'activité des sites de microstocks soulève un certain nombre d'interrogations d'ordre juridique, qui nécessitent d'abord de clarifier la nature de leurs prestations et de rechercher les lois qui leur sont applicables.

3.1. Les sites de microstocks sont des éditeurs de services de communication en ligne

La question s'est posée du statut des sites de microstocks.

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique distingue dans son article 6 entre « les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne », ou fournisseurs d'accès à Internet, visées au 1 du I, « les personnes [...] qui assurent [...] pour mise à disposition du public [...] le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces service », ou hébergeurs, visées au 2 du I, et « les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne », visées au III¹¹.

Fournisseurs d'accès et hébergeurs n'ont ni l'initiative, ni la maîtrise du contenu des services de communication en ligne, qu'ils se contentent de mettre à disposition du public. Transposant les dispositions de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹², la loi du 21 juin 2004 a instauré en faveur de ces prestataires un régime de limitation de leur responsabilité à raison des données transmises ou stockées par leurs soins.

A l'inverse, les éditeurs de services de communication en ligne maîtrisent le contenu des services qu'ils proposent au public. Par suite, ils sont tenus de respecter les règles applicables aux services qu'ils proposent, et notamment, s'il s'agit d'œuvres de l'esprit, celles relatives au droit d'auteur.

Il résulte de la jurisprudence qu'un prestataire dont l'activité « se borne à structurer et classer » les informations mises à la disposition du public « pour optimiser la capacité d'intégration du serveur » ou « pour faciliter l'usage de son service », mais qui « n'est pas l'auteur des titres et des liens hypertextes et ne détermine ni ne vérifie les contenus » mis en ligne a la qualité, non d'éditeur, mais d'hébergeur au sens des dispositions précitées. Tel est le cas des sites de partage d'informations ou de vidéos, tels que Dailymotion¹³.

¹¹ Cette notion d'éditeur de services de communication en ligne est distincte de la notion « classique » d'éditeur au sens de l'article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel : « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une oeuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion. ».

¹² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹³ Voir Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, Bloobox-net, n° 09-13.202 et Dailymotion, n° 09-67.896.

A l'instar de ces opérateurs, les sites de microstocks soutiennent parfois qu'ils n'ont pas de maîtrise d'ordre éditorial sur les images ou vidéos qu'ils proposent à la vente et sont de simples places de marché en ligne¹⁴, mettant en relation des vendeurs et des acheteurs d'images.

Néanmoins, il ressort des informations figurant sur leurs sites et des conditions générales d'utilisation que les sites de microstocks valident les images qu'ils proposent à la vente, au regard de critères relatifs à l'originalité du sujet ou du traitement du sujet et à la qualité des images, qu'ils fixent la politique commerciale et la politique tarifaire pour toutes les images figurant sur leurs sites et proposent des prestations de conseil, juridiques, d'assistance aux auteurs et aux utilisateurs.

Par suite, les sites de microstocks paraissent bien avoir la qualité d'éditeurs de services de communications en ligne, ainsi que l'a jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 23 mai 2012 concernant Fotolia¹⁵.

Il s'agit donc d'examiner séparément les relations que ces éditeurs de services de communications en ligne entretiennent avec les auteurs contributeurs, d'une part, et avec les utilisateurs, d'autre part.

3.2. La loi applicable aux prestations d'*upload* et de *download*

Afin d'examiner les questions soulevées par les prestations de services rendues par les sites de microstocks, et dès lors que les principaux opérateurs sont établis aux Etats-Unis ou au Canada, il convient de déterminer la loi applicable à ces opérations en faisant la part entre ce qui relève du droit d'auteur lui-même et ce qui relève du droit des contrats¹⁶.

3.2.1. *La loi applicable au droit d'auteur*

Relèvent de la loi applicable au droit d'auteur les conditions d'accès à la protection (qualité d'œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur), la désignation des titulaires du droit d'auteur, ainsi que le contenu du droit d'auteur (attributs du droit moral et du droit patrimonial).

En cas de conflits de lois, la loi applicable est définie par la convention de Berne¹⁷ et par le règlement du 11 juillet 2007, dit règlement Rome II¹⁸.

L'article 5-2 de la convention de Berne stipule que « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ».

De façon significative, la Cour de cassation a récemment jugé que ces dispositions réglaient la question de la loi applicable pour déterminer le titulaire initial du droit d'auteur¹⁹.

Par ailleurs, l'article 8, paragraphe 1, du règlement Rome II dispose que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée »²⁰.

¹⁴ Pour reprendre la formule utilisée par Fotolia sur son site Internet : voir <http://fr.fotolia.com/Info/Agreements/TermsAndConditions>.

¹⁵ Voir CA Paris, pôle 2, 7^{ème} ch., 23 mai 2012, Fotolia c/ Boussard et Hamels, n° 11/02201-11/02204-11/02206.

¹⁶ Voir à ce sujet Lucas, André, Lucas, Henri-Jacques, Lucas-Schloetter, Agnès, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^{ème} édition, LexisNexis, 2012, n° 1342 et suivants, ainsi que l'avis du CSLPA de 2003 relatif à la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique.

¹⁷ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 modifiée.

¹⁸ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

¹⁹ Voir en ce sens Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, Moussus c/ Société ABC News International, n° 11-12.508, Peyrano c/ Société ABC News International, n° 11-12.509 et Etcheverry c/ Société ABC News International, n° 11-12.510.

²⁰ Sachant qu'il résulte de l'article 28, paragraphe 1, du règlement qu'en cas de conflits de lois entre Etats membres de l'UE parties à la convention de Berne, la convention de Berne prévaut sur le règlement Rome II.

Ainsi, la règle générale en matière de droit d'auteur est que la loi applicable est la loi du pays où la protection est demandée, c'est-à-dire la loi du pays où ont été commis les agissements frauduleux.

La question se pose de savoir quel pays retenir lorsque le pays où les agissements frauduleux ont été commis est différent du pays où le dommage est survenu.

Dans certains arrêts, la Cour de cassation a jugé que la loi du pays où la protection est réclamée est normalement la loi du ou des pays sur le territoire desquels les agissements frauduleux ont été commis²¹.

Mais, dans un arrêt récent concernant la société Google, elle a jugé que la cour d'appel avait fait une exacte application de l'article 5-2 de la convention de Berne en déduisant de la circonstance « que le litige portait sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en '.fr' » que la loi applicable était la loi française²².

Il semble résulter des règles ainsi appliquées qu'en cas de litige relatif à la méconnaissance d'obligations extracontractuelles par un exploitant ou par un utilisateur de microstocks établi dans un pays différent du pays d'établissement du photographe contributeur, y compris si le litige porte sur le caractère d'œuvre protégeable des images ou sur la détermination du titulaire du droit d'auteur²³, la loi applicable sera la loi du pays qui présente avec les faits litigieux les liens les plus étroits, c'est-à-dire, selon les circonstances de l'espèce, soit la loi du pays où l'exploitant ou l'utilisateur qui a commis les agissements frauduleux est établi, soit la loi du pays où le dommage a été subi.

3.2.2. *La loi applicable aux contrats de droit d'auteur*

Relèvent de la loi du contrat les conditions de formation du contrat, son interprétation et l'exécution des obligations qu'il comporte, ce qui inclut notamment les modalités de cession des droits et le mode de rémunération du cédant.

En cas de conflits de lois, la loi applicable est définie par le règlement du 17 juin 2008, dit règlement Rome I²⁴.

Ce règlement a un caractère universel. Son article 2 dispose en effet que « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre ».

Aux termes de l'article 3 du règlement, « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

Ainsi qu'il a été dit précédemment, les conditions générales d'utilisation des sites de microstocks stipulent le plus souvent la loi des contrats d'*upload* et de *download*, laquelle est généralement la loi du pays d'établissement des sociétés exploitantes, soit, pour Fotolia et Shutterstock, la loi de l'Etat de New-York.

²¹ Voir Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, Sisro et, surtout, Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 2007, Lamore, n° 03-12.354.

²² Voir Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, Google, n° 11-15.188 et 11-15.165, où la Cour de cassation a jugé « que l'arrêt retient que le litige porte sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en ".fr" et que le lieu de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France ; qu'il en déduit exactement, conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne qui postule l'application de la loi de l'Etat où la protection est réclamée, que l'action introduite par M. Rau, qui réclamait, en tant qu'auteur de la photographie, la protection de ses droits en France à la suite de la constatation en France de la diffusion en France, par un hébergeur français, la société Aufeminin.com, d'une photographie contrefaisante, mise en ligne pour le public français sur le site de Google Images par le service des sociétés Google Inc. et Google France, relevait de la loi française ».

²³ Voir, pour une illustration, CA Paris, pôle 5, 2^{ème} ch., 29 janvier 2010, Société French West, n° 08/20765.

²⁴ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »).

En l'absence de stipulation exprès dans le contrat, il résulte des dispositions de l'article 4, paragraphes 2 à 4, du règlement, que, quand la « prestation caractéristique » du contrat peut être déterminée, la loi applicable est celle « du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle », sauf à ce qu'il résulte de l'ensemble des circonstances de l'espèce que le contrat « présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre », auquel cas c'est la loi de cet autre pays qui s'applique, et que, dans le cas où la prestation caractéristique du contrat ne peut pas être déterminée, la loi applicable est celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

La notion de prestation caractéristique n'a cependant reçu de définition ni dans le règlement, ni dans la jurisprudence.

Il résulte cependant de la jurisprudence que, dans le cas d'un simple contrat de cession de droit d'auteur, la prestation caractéristique est fournie par l'auteur, tandis que, dans le cas d'un contrat d'édition au sens de l'article L. 132-2 du code de la propriété intellectuelle, la prestation caractéristique est fournie par l'éditeur²⁵.

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le fournisseur de la prestation caractéristique dans les contrats d'*upload* et de *download*.

Dès lors que le contrat d'*upload* consiste en la cession de droits d'utilisation de ses œuvres par un contributeur en échange d'une rémunération, la prestation caractéristique paraît être fournie par l'auteur contributeur.

De même, dans le contrat de *download*, la prestation caractéristique paraît être fournie par l'exploitant.

Il résulte des règles ainsi exposées que, dans le cas où les contrats d'*upload* ou de *download* conclus avec des sites de microstocks précisent qu'ils sont régis par la loi de l'Etat de New-York ou de tout autre Etat, la loi applicable aux stipulations contractuelles, et notamment aux conditions tarifaires proposées, est la loi de l'Etat de New-York et que, dans le cas où aucune précision ne figure dans les contrats, la loi applicable sera, pour les contrats d'*upload*, la loi du pays où le photographe contributeur a sa résidence habituelle et, pour les contrats de *download*, la loi du siège de l'exploitant, sauf à ce que les contrats en cause présentent des liens manifestement plus étroits avec des pays autres.

3.2.3. *L'exception d'ordre public international*

Il peut néanmoins être dérogé aux règles de détermination de la loi applicable qui aboutissent à l'application d'une loi étrangère, et cette loi peut être écartée en faveur de la loi française en présence d'une exception d'ordre public ou, le cas échéant, en cas de fraude à la loi.

L'exception d'ordre public international est susceptible d'être mise en œuvre s'il apparaît au juge national que l'application de la loi étrangère aboutirait à une solution manifestement inadmissible et qui heurterait l'ordre public en France²⁶.

Ainsi, l'application d'une loi étrangère ne peut être écartée « que si elle s'oppose de manière grave à la conception locale du droit d'auteur », et non pas seulement si la loi étrangère est moins protectrice que la loi française, quand bien même la loi française aurait, en droit interne, un caractère d'ordre public²⁷.

²⁵ Voir, pour l'édition et la diffusion d'une revue, CA Paris, 4^{ème} ch., 2 juin 1999, Wegmann c/ Elsevier Science, RIDA 1/2000 p. 302, pour la reproduction d'une photographie dans une guide touristique, CA Paris, 4^{ème} ch., 2 avril 2003, Martinelli et Meazza c/ Editions Gallimard et société Apa, RIDA 4/2003 p. 413 et, pour l'édition d'une chanson, CA Paris, 4^{ème} ch., 2 mars 2005, Société Klugerpartners c/ Walravens, RIDA 3/2005 p. 339.

²⁶ Voir à ce sujet, Mayer, Pierre et Heuzé, Vincent, Droit international privé, 10^{ème} édition, Montchrestien, 2010, p. 149 et s.

²⁷ Voir Lucas, André, Lucas, Henri-Jacques, Lucas-Schloetter, Agnès, *op. cit.*, n° 1476.

Il n'est pas aisé de déterminer les règles qui, en matière de droit d'auteur, sont d'ordre public international.

L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur et, plus précisément, le droit de paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre paraissent cependant relever de cette catégorie.

En effet, l'article 6 bis, paragraphe 1, de la convention de Berne stipule qu'« indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation et autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur et à sa réputation ».

Dès lors, dans le cas où la loi étrangère applicable à des litiges mettant en cause des sites de microstocks méconnaîtrait le droit de paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, le juge français saisi du litige pourrait faire application de la loi française²⁸.

C'est à l'aune des règles de résolution des conflits de lois ainsi exposées que doivent être examinées les questions soulevées par les sites de microstocks.

4. Les banques d'images sur Internet soulèvent des interrogations d'ordre juridique

Les interrogations soulevées par les personnes auditionnées par la mission sont de plusieurs ordres²⁹. Elles tiennent au respect du droit moral des auteurs et des règles encadrant la cession des droits patrimoniaux, à la conformité au droit des modalités de rémunération et du niveau des prix pratiqués, ainsi qu'au respect de la réglementation en matière de cotisations et contributions sociales et de TVA.

4.1. Le respect du droit moral des auteurs

4.1.1. *Règles applicables*

Aux termes de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. / Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code ».

Les attributs du droit moral sont : le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, le droit de paternité, qui désigne le droit pour l'auteur d'exiger que l'œuvre soit diffusée sous son nom³⁰, le droit de divulgation, qui désigne le droit de décider de la communication au public et de fixer les modalités de cette communication³¹, et le droit de retrait, qui recouvre notamment le droit de revenir, moyennant indemnisation, sur l'exécution d'une convention d'exploitation d'une œuvre, reconnus respectivement par les articles L. 121-1, L. 121-2 et L. 121-4 du code de la propriété intellectuelle.

²⁸ Voir, pour un cas d'application, CA Paris, 1^{ère} ch., 1^{er} février 1989, Anne Bragance c/ Olivier Orban et Michel de Grèce, RIDA, octobre 1989, p. 311, note P. Sirinelli.

²⁹ L'objet du présent rapport n'étant pas d'examiner la légalité de chacune des stipulations des contrats types proposés par les sites de microstocks, mais, plus généralement, d'examiner la compatibilité de leur modèle avec les lois en vigueur.

³⁰ Voir, pour la mise en œuvre du droit de paternité dans un litige relatif à un contrat de cession du droit de reproduction d'un stock de photographies, CA Rennes, 1^{ère} ch., 11 octobre 2011, Chartier c/ Société Matton Images, n° 388, 09/07892.

³¹ Voir, pour une illustration, Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2010, Mme Lévinas, n° 09-67.515. Si, par cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que le droit de divulgation incluait non seulement « le droit de déterminer le procédé de divulgation » d'une œuvre, mais aussi « celui de fixer les conditions de celle-ci », la doctrine considère de façon majoritaire que le droit de divulgation n'inclut pas la fixation des conditions financières de cession du droit d'exploitation d'une œuvre.

Aux termes de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit de paternité sont des droits « perpétuels, inaliénables et imprescriptibles ».

Par ailleurs, la jurisprudence a reconnu au droit de paternité et au droit au respect de l'œuvre un caractère d'ordre public, dont il résulte qu'il est d'application impérative³².

La doctrine estime de façon dominante que le caractère d'ordre public en droit interne s'étend aux autres attributs du droit moral que sont le droit de divulgation et le droit de retrait³³.

En revanche, il n'est pas sûr que ces règles du code de la propriété intellectuelle aient un caractère d'ordre public international.

4.1.2. *Application aux sites de microstocks*

En premier lieu, les contrats types d'*upload* et de *download* ne comportent pas de stipulation par lesquelles les auteurs renoncent au droit moral sur leurs œuvres.

Si les banques d'images disent improprement proposer des photographies « libres de droits », il arrive que les conditions générales d'utilisation précisent que cette expression signifie qu'elles peuvent être utilisées sans limitation dans le nombre de reproductions, dans le temps et dans l'espace, ce qui renvoie à la question, non du droit moral, mais des droits patrimoniaux des photographes sur les œuvres.

Par ailleurs, les conditions générales d'utilisation de certains sites stipulent que l'utilisateur d'images achetées sur des sites de microstocks s'engage à ne commettre aucun agissement attentatoire aux droits de la propriété intellectuelle.

Au demeurant, les critiques recueillies par la mission vis-à-vis de l'activité des sites de microstocks n'ont qu'exceptionnellement porté sur les atteintes au droit moral.

En deuxième lieu, les contrats types ne comportent pas de stipulation contraire aux droits de divulgation ou de respect de l'intégrité de l'œuvre.

En revanche, d'une part, on peut s'interroger sur la conformité au droit de paternité au sens du droit interne de stipulations autorisant les utilisateurs, sous conditions, par exemple « quand, dans la situation concernée, la mention du nom de l'auteur n'est ni requise, ni habituelle », à déroger au droit de paternité.

D'autre part, on peut s'interroger sur la conformité au droit de retrait au sens du droit interne de stipulations autorisant l'exploitant, en cas de résiliation du contrat par un contributeur ou de demande de retrait d'une ou plusieurs œuvres, de conserver ces œuvres à seules fins d'archivage et de référencement interne.

Cependant, ainsi qu'on l'a dit précédemment, en cas de méconnaissance du droit moral des auteurs contributeurs par un site de microstocks, la loi applicable sera soit la loi du pays du siège de l'exploitant, c'est-à-dire, le plus souvent, la loi de l'Etat de New-York, soit, s'il ressort des circonstances de l'espèce que le litige a un lien de rattachement plus étroit avec un pays autre que le pays du siège de l'exploitant, la loi de ce pays.

Hors ce dernier cas, la question est donc celle de savoir si les stipulations dont la conformité au droit de paternité ou au droit de retrait paraît douteuse au regard de la loi française méconnaissent l'ordre public international.

En troisième lieu, et plus fondamentalement, la question se pose de la capacité des sites de microstocks à faire respecter le droit moral des auteurs par les utilisateurs qui ont acquis le droit d'utiliser et de reproduire des images téléchargées.

³² Voir en ce sens Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, John Huston, n° 89-19.725 et 89-19.522.

³³ Voir Lucas, André, Lucas, Henri-Jacques, Lucas-Schloetter, Agnès, *op. cit.*, n° 506.

Cette interrogation vaut pour toutes les composantes du droit moral, et notamment pour la mise en œuvre du droit de retrait ou de modification d'une œuvre à la demande de son auteur.

Elle est renforcée par l'existence de clauses réservant la responsabilité de l'exploitant dans le cas où il s'est trouvé dans l'incapacité d'exercer ou de faire respecter les droits du contributeur.

Mais cette interrogation n'est pas propre aux sites de microstocks : elle est inhérente au développement de l'économie numérique.

4.2. Le respect des règles encadrant la cession des droits patrimoniaux

4.2.1. *Règles applicables*

Aux termes des articles L. 122-1 et L. 122-3 du code de la propriété intellectuelle, « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction », « la reproduction [consistant] dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ».

Ainsi, l'auteur a le droit de déterminer, non seulement les conditions de communication au public de ses œuvres sous différents supports (droit de reproduction), mais aussi les modalités d'usage ou de distribution de ses œuvres par des tiers (droit de destination)³⁴. Les limitations imposées par l'auteur au droit de reproduction de ses œuvres dans le contrat avec le cessionnaire sont d'interprétation stricte³⁵ et produisent des effets vis-à-vis des tiers à ce contrat³⁶.

Par ailleurs, l'article L. 131-3 du même code dispose : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

Si ces dispositions ne s'appliquent qu'aux seuls contrats dont l'une des parties est l'auteur, et non, par suite, aux contrats entre le cessionnaire des droits d'auteur et un sous-cessionnaire³⁷, il en résulte qu'à peine de nullité, le contrat par lequel un auteur cède le droit de reproduction d'une œuvre doit préciser l'étendue de cette cession et les usages auxquels elle peut donner lieu et délimiter cette cession dans le temps et dans l'espace³⁸.

4.2.2. *Application aux sites de microstocks*

Les contrats d'*upload* types proposés par les sites de microstocks aux auteurs contributeurs paraissent en règle générale répondre aux exigences du code de la propriété intellectuelle pour ce qui concerne la délimitation du droit de reproduction et des usages pouvant être faits des images téléchargées.

Ainsi, pour les auteurs recourant aux services de Shutterstock ou de Fotolia, les usages des images varient selon qu'ils optent pour une « licence standard », limitant l'utilisation des images à des fins d'illustration, pédagogiques ou de marketing, ou pour une « licence étendue » ou une « licence supérieure », permettant l'utilisation des images pour la réalisation de produits ou de services destinés à la vente ou à la distribution.

En revanche, ces contrats types dérogent aux dispositions du code de la propriété intellectuelle en tant qu'ils ne prévoient aucune limitation dans le temps et dans l'espace du droit de reproduction et d'utilisation des images téléchargées.

³⁴ Voir Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 1988, Fanic c/ SACEM, n° 86-16.063.

³⁵ Voir Cass. 1^{ère} civ., 19 avril 1988, Sassi c/ SACEM, n° 86-14.684.

³⁶ Voir Cass. 1^{ère} civ., 9 février 1994, Société Telfrance et autres c/ Barbier, n° 91-20.525.

³⁷ Voir Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, Sogec Marketing c/ Source Perrier, n° 91-11.241.

³⁸ Voir, pour un exemple de nullité d'un contrat, Cass. 1^{ère} civ., 28 novembre 2000, Lo Nardo, n° 97-20.653 et, pour un exemple d'interprétation stricte des clauses d'un contrat, Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2006, Mussotte, n° 05-15.472.

Cela étant, ces dispositions ne s'appliquent que pour autant que la loi applicable aux contrats d'*upload* soit la loi française.

Or, comme il a été dit précédemment, cela n'est pas le cas quand ces contrats précisent que la loi applicable est celle d'un autre Etat, telle que celle de l'Etat de New-York.

Ce ne sera le cas qu'en l'absence de stipulation de ce type dans les contrats et si l'auteur contributeur, qui fournit la prestation caractéristique dans le contrat d'*upload*, a en France sa résidence habituelle, sauf à ce qu'il soit jugé que l'exigence de limitation dans le temps et dans l'espace des cessions du droit d'utilisation et de reproduction de photographies est d'ordre public international, ce qui ne paraît pas avoir été le cas jusqu'à présent.

4.3. Le respect du droit à une rémunération proportionnelle

4.3.1. *Règles applicables*

L'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle dispose, dans son premier alinéa, que « la cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre [...] doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation », tout en énumérant, dans les alinéas suivants, une série de cas dans lesquels une rémunération forfaitaire demeure possible.

Cette règle de rémunération proportionnelle a, en droit interne, un caractère d'ordre public, de sorte qu'est nul tout contrat de cession de droit d'auteur ne prévoyant pas, hors des exceptions énumérées à l'article L. 131-4, une rémunération proportionnelle³⁹.

Plusieurs éléments viennent cependant restreindre la portée de cette règle.

D'une part, ces dispositions s'appliquent aux contrats entre auteurs et cessionnaires des droits, et non aux contrats entre cessionnaires et sous-cessionnaires⁴⁰. Néanmoins, le juge ne paraît pas avoir fait application de cette jurisprudence au cas particulier des prestations, telles que celles offertes par les sites de microstocks, qui consistent en deux opérations d'*upload* et de *download*.

D'autre part, par dérogation aux dispositions de l'article L. 131-4, l'article L. 132-6 du code de la propriété intellectuelle dispose que peuvent également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire « les cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger », la question se posant néanmoins de savoir si cette disposition s'applique seulement aux contrats d'édition ou à tous les contrats⁴¹.

4.3.2. *Application aux sites de microstocks*

En premier lieu, ainsi qu'on l'a dit précédemment, la rémunération des cessions de droit d'auteur est d'ordre contractuel et la loi applicable est la loi du contrat, qui, en règle générale, est la loi de l'Etat de New-York.

En second lieu, d'une part, les contrats d'*upload* types, tels que ceux proposés par Fotolia ou Shutterstock, prévoient une rémunération du photographe contributeur qui est proportionnelle au nombre de fois où les images qu'il a lui-même téléchargées sur le site sont téléchargées par des utilisateurs.

Ces stipulations des contrats types paraissent donc conformes aux dispositions de l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle.

³⁹ Voir CA Paris, 4^{ème} ch., 9 octobre 1995, Association Nice Télévision c/ Morineau et autres, RIDA, avril 1996, p. 311.

⁴⁰ Voir CA Paris, 4^{ème} ch., 16 janvier 2004, Gaumont et Télédis c/ Editions René Chateau et Lucas, André, Propriétés intellectuelles, 2005, n° 14 p. 64.

⁴¹ Voir, pour un cas d'application de cette disposition à un contrat soumis à la loi de l'Etat de New-York, CA Paris, 1^{ère} ch., 1^{er} février 1989, Anne Bragance c/ Olivier Urban et Michel de Grèce précité et, pour ce qui concerne le champ d'application de cette disposition, Lucas, André, Lucas, Henri-Jacques, Lucas-Schloetter, Agnès, *op. cit.*, n° 690.

D'autre part, les dispositions de l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle ne paraissent pas s'appliquer aux contrats de *download* entre exploitants et utilisateurs.

Toutefois, la question se pose de savoir si, dans le cas où les contrats de *download* sont régis par la loi française, les photographes contributeurs doivent percevoir une rémunération proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation des images par l'utilisateur.

Cette question importante n'a pas encore reçu de réponse dans la jurisprudence.

4.4. Le niveau des prix de vente des photographies

4.4.1. *Règles applicables*

L'article 1591 du code civil dispose que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

Il en résulte que, sauf à ce que la vente soit déclarée nulle pour absence de cause, le prix doit, d'une part, être déterminé ou déterminable⁴² et, d'autre part, être sérieux, et non pas dérisoire, cette qualification relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En revanche, un prix significativement inférieur à la valeur réelle du bien ou du service n'est pas une cause de nullité du contrat.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé qu'une cour d'appel avait justement déduit du fait que le prix d'une bague n'apparaissait nullement dérisoire, même si la valeur réelle du bijou était 4,6 fois supérieure au prix demandé, que la vente n'était pas nulle pour absence de cause⁴³.

4.4.2. *Application aux sites de microstocks*

Il est certain que le prix des photographies sur les sites de microstocks est, en règle générale, très inférieur au prix des photographies d'illustration traditionnelles, notamment quand elles étaient réalisées sur commande, et peut souvent ne pas dépasser quelques euros.

Pour autant, la question de savoir si les prix pratiqués méconnaissent l'article 1591 du code civil ne paraît pas appeler de réponse tranchée.

En effet, premièrement, les sites de microstocks affichent les prix de vente des photographies et les photographes sont informés des termes du contrat : les prix sont donc déterminés lors du téléchargement des images.

Deuxièmement, les prix varient de façon importante en fonction de la résolution et de la qualité des photographies et les photographies proposées à des prix très bas sont souvent d'une qualité inférieure à celle de photographies d'illustration traditionnelles.

On évoque d'ailleurs fréquemment un marché de la photographie « low cost », celui des images « libres de droits », distinct du marché « premium » des images « en droits gérés ».

Ainsi l'agence Getty, qui vend des photographies en droits gérés et des photographies libres de droits, fait-elle la part sur son site entre les premières (« des images hautement stylisées, une qualité de production exceptionnelle, entrez dans nos plus belles collections, des images que les clients aiment et que les consommateurs n'oublient pas. ») et les secondes (des photographies qui « allient à la fois la qualité professionnelle et la fraîcheur des photos amateurs »)⁴⁴.

Troisièmement, une fois le matériel acheté, le coût marginal de fabrication d'une photographie est faible et a baissé fortement depuis l'arrivée de la photographie numérique.

⁴² Voir Cass. 3^{ème} civ., 26 septembre 2007, Denain c/ Laurenti, n° 06-14.357.

⁴³ Voir Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, Société Cartier c/ Talbot, n° 93-16.198, s'agissant de la vente pour 100 000 F, à la suite d'une erreur d'étiquetage, d'une bague dont la valeur était en réalité de 460 000 F.

⁴⁴ http://www.gettyimages.fr/CreativeImages/RoyaltyFree?isource=fra_home_FTV_quicklinks_rf

Quatrièmement, le marché de la photographie d'illustration a évolué vers un marché de prix bas et de volumes importants, comme d'autres marchés avant lui, tel que celui de la musique en ligne, avec une accentuation de la différenciation par la qualité.

Cinquièmement, des photographes, certes en nombre limité aux dires des personnes auditionnées, réussissent à tirer des revenus substantiels des ventes de photographies sur des sites de microstocks en vendant des images en nombre important.

Par ailleurs, il est douteux que le niveau des prix proposé par les sites de microstocks soit jugé contraire à l'ordre public international, tel qu'exposé au point 3.2.4 *supra*.

Or, si les contrats précisent qu'ils sont régis par la loi de l'Etat de New-York, c'est cette loi qui sera applicable en matière de prix de vente des images.

La loi française ne s'appliquera qu'en l'absence de stipulation de ce type et si l'auteur contributeur, qui fournit la prestation caractéristique dans le contrat d'*upload*, a en France sa résidence habituelle.

4.5. L'assujettissement aux cotisations sociales

4.5.1. *Règles applicables*

Aux termes de l'article L. 382-1 du code de la sécurité sociale, « les artistes auteurs d'œuvres [...] photographiques [...] sont affiliés obligatoirement au régime général de sécurité sociale pour les assurances sociales et bénéficient des prestations familiales dans les mêmes conditions que les salariés ».

La gestion du dispositif est assurée par l'agence pour la gestion de la sécurité sociale des auteurs (AGESSA).

En vertu des dispositions de l'article L. 382-3 du code de la sécurité sociale, tout photographe qui perçoit d'un tiers une rémunération au titre de son activité d'auteur est assujetti aux cotisations sociales, à la CSG et à la CRDS selon les taux de droit commun.

En vertu des dispositions de l'article R. 382-27 du même code, soit le tiers déclare à l'AGESSA la rémunération versée aux auteurs, et les cotisations font l'objet d'un précompte sur la rémunération due à l'auteur, soit il ne déclare pas ces rémunérations, et les cotisations sont acquittées par l'auteur.

Par ailleurs, en vertu de l'article L. 382-4 du même code, le tiers qui rémunère le photographe et procède à la diffusion des images est tenu d'acquitter une contribution sociale, dite « contribution diffuseur ».

Il résulte des dispositions des articles R. 382-17 et R. 382-18 du code de la sécurité sociale, ainsi que de l'arrêté du 13 avril 1981 modifié⁴⁵, que, dans le cas où les images font l'objet d'une diffusion ou d'une exploitation commerciale, la contribution est égale à 3,3% du chiffre d'affaires afférent à cette diffusion ou exploitation, qui est lui-même égal à 30% du prix de vente des œuvres ou, en cas de vente à la commission, au montant des commissions perçues, et que, dans le cas où les images ne sont pas vendues au public, la contribution est égale à 1% de la rémunération brute versée à l'auteur.

⁴⁵ Arrêté des ministres de la santé et de la sécurité sociale, du budget et de la culture et de la communication du 13 avril 1981 modifié par l'arrêté des ministres des affaires sociales et de la solidarité nationale, de l'économie, des finances et du budget et de la culture du 12 juillet 1985.

Ce dispositif ne s'applique pas aux photojournalistes⁴⁶ ou aux photographes salariés au titre des revenus qu'ils tirent de leur activité de photojournaliste ou de salarié.

4.5.2. *Application aux sites de microstocks*

Les sociétés étrangères qui rémunèrent des auteurs établis en France sous forme de droit d'auteur ne sont tenues d'acquitter ni le précompte de cotisations sociales, CSG et CRDS, ni la contribution diffuseur.

Tel est le cas des sites de microstocks, dès lors qu'il s'agit de sociétés établies à l'étranger, généralement aux Etats-Unis.

La dispense de paiement du précompte n'est pas constitutive d'une distorsion, dès lors que les cotisations sociales, la CSG et la CRDS doivent, dans ce cas, être acquittées directement par les auteurs contributeurs.

En revanche, la dispense de paiement de la contribution diffuseur avantage les sites de microstocks. Mais, outre que le taux de cette contribution est faible, cette dispense de paiement est légale et n'est pas propre aux sites de microstocks.

4.6. Le régime de TVA des prestations d'édition de services de communications en ligne

4.6.1. *Règles applicables*

D'une part, le lieu de la cession de ses droits patrimoniaux par l'auteur d'une œuvre de l'esprit à un preneur assujetti à la TVA est le pays du preneur en application de l'article 44 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de TVA⁴⁷.

Si le preneur est établi en France, cette prestation est imposable en France au taux réduit de 7%⁴⁸, en application du g de l'article 279 du code général des impôts.

Néanmoins, en application des dispositions du 2 du III de l'article 293 B du même code, l'auteur est dispensé du paiement de la taxe lorsque, l'année précédente, son chiffre d'affaires était inférieur à 43 200 €.

D'autre part, la fourniture d'images par voie électronique s'analyse comme un service fourni par voie électronique, en application du point 3 de l'annexe II à la directive TVA⁴⁹.

Le lieu d'une telle prestation est le pays du preneur s'il est assujetti à la TVA et s'il n'est pas assujetti à la TVA, mais que soit le prestataire, soit le preneur est établi dans un pays tiers à l'Union européenne, en application des articles 44 et 58 et du k de l'article 59 de la directive TVA⁵⁰.

Si le preneur est établi en France et qu'il est assujetti à la TVA ou qu'il n'y est pas assujetti, mais que le prestataire est établi dans un pays tiers à l'Union européenne, la fourniture d'images est imposée au taux normal de 19,6%⁵¹.

⁴⁶ L'article L. 761-2, alinéa 4, devenu L. 7112-1 du code du travail, créé par l'article 2 de la loi n° 74-630 du 4 juillet 1974 modifiant et complétant l'article L. 761-2 du code du travail afin de faire bénéficier les journalistes « pigistes » du statut de journalistes professionnels, dite « loi Cressart », dispose en effet : « Toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel est présumée être un contrat de travail. / Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties ». Il résulte de ces dispositions que tout photographe travaillant avec un titre de presse doit être rémunéré sous forme de salaire, assujetti aux cotisations et contributions sociales selon le régime de droit commun. Les photographes qui ne collaborent qu'occasionnellement avec des titres de presse, notamment ceux qui collaborent avec la presse magazine spécialisée, critiquent cette disposition.

⁴⁷ Transposé à l'article 259 du code général des impôts.

⁴⁸ 10% à compter du 1^{er} janvier 2014.

⁴⁹ Transposé au c de l'article 98 C de l'annexe III au code général des impôts.

⁵⁰ Transposés à l'article 259, au 12° de l'article 259 B et à l'article 259 D du code général des impôts.

⁵¹ 20% à compter du 1^{er} janvier 2014.

4.6.2. *Application aux sites de microstocks*

D'une part, la circonstance que la cession par les photographes contributeurs établis en France de leurs droits patrimoniaux sur leurs images soit imposée à la TVA lorsque les exploitants ont leur siège en France⁵² et soit exonérée lorsque les exploitants, tels que les sites de microstocks, ont leur siège hors de l'Union européenne, et notamment aux Etats-Unis, n'est pas source de distorsion au détriment des agences photographiques européennes, dès lors que la TVA est déductible pour ces exploitants et agences.

Au demeurant, de nombreux auteurs contributeurs ont un chiffre d'affaires inférieur à 43 200 € et bénéficient, par suite, du régime de la franchise en base qui les dispense du paiement de la TVA.

D'autre part, les prestations de téléchargement d'images auprès d'exploitants établis en France ou aux Etats-Unis par des utilisateurs situés en France sont imposables en France, que l'utilisateur soit ou non assujetti à la TVA.

Ainsi, en théorie, le régime de TVA applicable aux prestations de services fournies par les sites de microstocks n'est pas source de distorsion en défaveur des agences photographiques établies en France.

Cela étant, la capacité des Etats membres de l'Union européenne à exiger des opérateurs établis hors de l'Union européenne qu'ils acquittent effectivement la TVA afférente aux prestations de services rendues à des preneurs non assujettis établis au sein de l'Union est limitée ; mais ces difficultés ne sont pas propres au secteur de la fourniture de photographies par voie électronique.

⁵² Ou dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Conclusion

Les banques d'images sur Internet ont accéléré des tendances qui étaient déjà à l'œuvre dans le marché de la photographie d'illustration et trouvent leur origine dans des évolutions technologiques et économiques de plus longue haleine : ouverture du marché à de nouveaux contributeurs, parfois amateurs, amélioration des capacités de stockage et de mise à disposition des images, baisse des prix.

Tirant parti de ces évolutions, les sites de microstocks ont développé un modèle qui repose sur la cession par les photographes contributeurs du droit de reproduction de leurs œuvres moyennant des tarifs très inférieurs aux tarifs pratiqués antérieurement.

Certains photographes se sont adaptés à ces évolutions ; mais la concurrence ainsi exercée a pesé fortement sur le prix des photographies et sur les revenus des photographes professionnels.

En outre, ce modèle tend à être appliqué à d'autres catégories d'œuvres, telles que le dessin, la vidéo ou la musique.

Si certaines stipulations des conditions générales d'utilisation paraissent critiquables au regard des dispositions du code de la propriété intellectuelle, il n'apparaît pas que les banques d'images sur internet méconnaissent, de façon générale, les règles applicables en matière de droit d'auteur et de fixation des prix, telles qu'interprétées par la jurisprudence.

Il importe néanmoins de veiller au respect par les opérateurs des dispositions du code de la propriété intellectuelle.

Par ailleurs, des solutions doivent être explorées afin d'aider les photographes professionnels à poursuivre leur activité dans des conditions soutenables.

A cet égard, un certain nombre de pistes ont été évoquées lors des auditions, qui ont retenu l'attention de la mission : adaptation des conditions d'octroi de la carte de presse pour les photojournalistes ayant des revenus complémentaires, adaptation de la loi Cressard pour les photographes d'illustration, incitation aux titres de presse, aux éditeurs et aux pouvoirs publics, sous forme de chartes de bonnes pratiques ou de conditionnalité des aides versées, afin qu'ils ne recourent pas, sauf exceptions, à des photographies « DR » et qu'ils respectent les grilles tarifaires élaborées par les sociétés de gestion collective, notamment.

Annexe 1 : lettre de mission



Paris, le

Madame Anne-Élisabeth Crédeville
Madame Françoise Benhamou



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 8216
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Mesdames,

Nous avons assisté ces dernières années au développement sur Internet d'importantes banques d'images (dites « microstocks ») qui proposent à la vente des clichés déposés par des auteurs – souvent amateurs – pour des coûts très inférieurs à ceux qui sont pratiqués par les structures professionnelles traditionnelles.

Les œuvres sont généralement déposées sous forme de fichiers numériques dans ces banques d'image sur la base de licences-types d'utilisation, généralement soumises au droit américain, qui visent une large étendue de droits d'exploitation.

Les organisations professionnelles représentant tant les photographes que les agences de presse ou d'illustration considèrent que ces pratiques nouvelles créent une concurrence déloyale, qui met gravement en péril leur activité.

Les problèmes évoqués sont d'abord d'ordre économique, dans la mesure où le prix des images ainsi diffusées, parfois leur gratuité, met en péril tout un secteur d'activité. Ces organisations évoquent ainsi les dispositions du code civil et du code du commerce qui fixent certaines limites à la liberté de fixation des prix.

Les problèmes sont en outre d'ordre juridique. La compatibilité des licences proposées aux auteurs, qui s'inspirent de systèmes juridiques étrangers, avec les dispositions légales en vigueur en France doit être cernée avec précision.

En effet, si les auteurs peuvent librement définir les conditions d'exploitation de leurs œuvres en ligne, y compris de manière gratuite (article L. 122-7-1 du code de la propriété intellectuelle), ils restent néanmoins protégés par un statut légal dont certaines dispositions sont d'ordre public et auxquelles il ne peut être dérogé par contrat.

Il importe, par conséquent, de s'interroger sur la détermination du droit applicable à ces banques d'images – code de la propriété intellectuelle français ou loi étrangère – et la liberté pour celles-ci de prévoir dans leurs

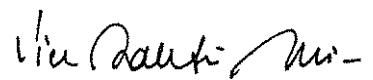
licences l'application d'une loi étrangère au regard de l'indisponibilité de certaines prérogatives du droit d'auteur.

Le Conseil supérieur a déjà, dans le passé, apporté un certain nombre d'éléments de réponse en 2003 dans son avis relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété intellectuelle et en 2007 dans son avis sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit.

Sur la base de ces travaux, je souhaite que le Conseil supérieur puisse, dans le cadre de sa mission d'observation de l'exercice et du respect des droits d'auteurs et des droits voisins ainsi que de suivi de l'évolution des pratiques et des marchés, procéder à une analyse approfondie des pratiques contractuelles des banques d'images et de leur compatibilité avec la législation en vigueur.

L'objectif de cette étude sera de proposer des pistes d'éventuelles adaptations qui permettraient aux auteurs, dans le contexte de large ouverture des conditions de circulation des œuvres, de continuer à bénéficier des sources de revenus et des protections nécessaires au développement de leurs activités.

Je souhaiterais que la mission soit achevée pour la séance plénière du mois de juin 2013.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Pierre-François Racine', with a stylized flourish at the end.

Pierre-François Racine

Annexe 2 : lexique

Contributeur : personne qui télécharge en amont des photographies vers une banque d'images sur Internet

Download : téléchargement en aval, par un utilisateur, de photographies depuis une banque d'images sur Internet

DR : « droits réservés » : qualification donnée à des photographies dont le titulaire du droit d'auteur n'est pas connu

Exploitant : opérateur qui cède à des utilisateurs le droit de reproduire des photographies dont des contributeurs lui ont cédé le droit de reproduction

Microstocks : banque d'images en ligne proposant des photographies, le plus souvent d'illustration, à des prix généralement très inférieurs à ceux pratiqués par les structures traditionnelles

RF : « *royalty-free* » ou « libres de droits » : photographies dont le droit de reproduction a été cédé, moyennant une rémunération forfaitaire, pour des durées très longues et sans limitation dans l'espace

RM : « *rights managed* » ou « en droits gérés » : photographies dont le droit de reproduction est précisément délimité (nombre de reproductions, types de support, durée et pays d'exploitation)

Upload : téléchargement en amont, par un contributeur, de photographies vers une banque d'images sur Internet

Utilisateur : personne qui télécharge en aval des photographies depuis une banque d'images sur Internet

Annexe 3 : liste des personnes auditionnées

1/ Sites de Microstocks

M. Jean-François Guibault, vice-président, et Mme Irène Roberts, directrice, Corporate counsel, Société Getty images

M. Guillaume Le Bleis, directeur général, et Mme Karen Seror, directrice de la communication, Société Fotolia France, et M. Benjamin Pitcho, avocat à la Cour

2/ Photographes et organisations représentant les photographes

MM. Georges Alvarez Iberlucea, vice-président, et Jean Miaille, secrétaire chargé des affaires juridiques, et Mme Nolwenn Bescher, chargée des affaires juridiques, Union des photographes professionnels (UPP)

M. Philippe Deblauwe, gérant, Société Picturebank

Mme Christine Fleurent, photographe

MM. Mario Fourny, président, et Thierry Secrétan, secrétaire général, Photographes-auteurs-journalistes (PAJ), et Me Caroline Henry, avocate à la Cour

M. Jean-François Leroy, président du festival Visa pour l'image

M. Fabrice Michaud, photographe, gérant, Société Goût de Luz

3/ Agences de presse photographiques

Mme Florence Braka, directrice générale, fédération française des agences de presse, et M. Christophe Mansier, directeur délégué, agence Maxppp, Syndicat des agences de presse photographiques d'information et de reportage (SAPHIR)

M. Gilles Taquet, président, Syndicat national des agences photographiques d'illustration générale (SNAPIG)

M. Mete Zihnioglu, président, Fédération nationale des agences de presse, de photographie et d'information (FNAPPI)

4/ Sociétés de gestion collective des droits d'auteur :

M. Olivier Brillanceau, directeur général, et Mme Agnès Defaux, directrice juridique, Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF)

M. Thierry Maillard, directeur juridique, Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

M. Hervé Rony, directeur général, Société civile des auteurs multimédias (SCAM)

5/ Autres organismes

MM. Jean-Paul Bessières-Orsoni, chef du département photographique, et Renaud de Marolles, sous-directeur des affaires juridiques, Réunion des musées nationaux

M. Patrick Sergeant, président de la commission juridique, Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM)

6/ Ministère de la culture et de la communication

M. Daniel Barroy, chef de la mission photographie

Mme Sylvie Clément-Cuzin, sous-directrice de la presse écrite et des métiers de l'information, direction générale des médias et des industries culturelles

7/ Personnalités qualifiées

M. Dominique Sagot-Duvaurox, professeur d'économie, Université d'Angers

Me Jean Vincent, avocat à la Cour

Annexe 4 : bibliographie

- Arnaud, Océane (sous la dir. de Jean Vincent), Le marché *low cost* de la photographie « libre de droit » est-il viable ?, IEP de Lyon, 2011
- Benhamou, Françoise, Farchy, Joëlle, Droit d'auteur et copyright, La Découverte, 2009
- Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Avis relatif à la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique, 2003
- Lucas, André, Propriété littéraire et artistique, 4^{ème} édition, Dalloz, 2010
- Lucas, André, Lucas, Henri-Jacques, Lucas-Schloetter, Agnès, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^{ème} édition, LexisNexis, 2012
- Mayer, Pierre et Heuzé, Vincent, Droit international privé, 10^{ème} édition, Montchrestien, 2010
- Ministère de la culture et de la communication, Photojournalistes : constat et propositions, rapport de l'inspection générale des affaires culturelles, 2010
- Sagot-Duvauroux, Dominique, Quels modèles économiques pour les marchés de la photographie à l'heure du numérique ?, Culture visuelle, 2010
- Vauclare C. et Debeauvais R., Etude de la filière du photojournalisme, appui à la mission de l'inspection générale des affaires culturelles, 2010
- Vincent, Jean, Droit des arts visuels, Lamy, 2010