

Les défis

du spectacle vivant en matière de droits



REPENSER LES MODÈLES TRADITIONNELS

Alors que les artistes sont aussi nombreux que talentueux, que la scène constitue un espace de rencontre et d'émotion privilégié avec le public, pour continuer à susciter le rêve, le *live* doit se renouveler, repenser les modèles traditionnels, etc., tout en se heurtant à de nombreuses barrières, qu'elles soient politiques, sociales, fiscales, administratives. Cette nécessité d'évolution est d'autant plus marquée que les disruptions technologiques et numériques transforment, de l'expérience du spectateur à l'exploitation possible d'un spectacle. La scène trouve ainsi par exemple de nouveaux débouchés au travers des captations.

LA DISRUPTION DE LA CAPTATION

De nouveaux modèles économiques émergent pour les exploiter : téléchargement, publicité, abonnement, etc. Le public lui-même participe au développement de ce nouvel écosystème, en postant sur des plateformes de vidéo comme YouTube sa production d'UGC (User Generated Content – souvent des captations de quelques minutes réalisées avec un Smartphone), ou en la diffusant sur les réseaux sociaux. Les moyens de production se démocratisent et les barrières à l'entrée tombent. Les intervenants se multiplient : *pure players* de la diffusion de concerts en ligne ou en VOD, géants d'Internet, des télécoms, des médias et de l'électronique grand public. Le droit de propriété intellectuelle du producteur de spectacles participe également de cet enjeu du numérique.

LA ZONE DE NON-DROIT DU SPECTACLE

Or, le producteur d'un spectacle est, en France, le seul producteur de biens culturels à ne pas bénéficier d'une protection légale. Lorsque le spectacle dont il est à l'initiative, fait l'objet d'une captation audiovisuelle, le producteur est exclu des fruits de son investissement lors de la captation et de la commercialisation du spectacle. Contrairement à l'ensemble des acteurs de l'entier secteur culturel (auteurs, artistes-interprètes, producteurs phonographiques et audiovisuels, éditeurs de librairie, de musique, de jeux vidéo, de logiciels, télédiffuseurs, producteurs de bases de données, etc.), le producteur ne dispose d'aucun droit de propriété intellectuelle sur son spectacle, alors même qu'il a existé de par son seul investissement.

UN ENJEU ÉCONOMIQUE ESSENTIEL

Les nouveaux espaces d'exploitation des captations de concerts constituent non seulement un relais de croissance financier pour le secteur, mais également de nouveaux médias de découverte des artistes émergents.

Les possibilités de diffusion des captations de concerts se multiplient : plateformes dédiées aux spectacles captés (Culturebox, Arte concert), applications de *live streaming* (Facebook Live) ou autres médias comme Netflix qui remportent un succès croissant (+50 % sur Culturebox entre 2016 et 2017). Les salles de cinéma participent également avec succès aux retransmissions de concerts en direct ou en

différé, alors même que la taxe de 10,72 % sur les prix des billets est perçue seulement par le CNC (Centre national du cinéma et de l'image animée).

LES NOUVELLES FRONTIÈRES DE LA DATA

Autre levier de bouleversement des modèles, la dématérialisation de la billetterie a exposé le secteur tout entier aux ruptures technologiques dont le numérique est porteur. En tant que formidable levier d'innovation dans les services (e-ticket, m-ticket, CRM, paiement sans contact, etc.) et dans d'autres propositions de valeur associées au spectacle vivant (forfaits, voyages, cadeaux, merchandising, etc.), la maîtrise de sa chaîne de valeur devient essentielle.

Les analytiques, qui sont le fruit d'analyses systématiques de données et de statistiques par ordinateur, pénètrent aujourd'hui au cœur de tous les métiers. Les techniques et les technologies permettant de traiter de très importants volumes de données à un coût abordable se généralisent. C'est la révolution de la data.

LA MÉTAMORPHOSE DES MÉTIERS

Quels sont les enjeux des big datas pour le spectacle ? Nouveau « pétrole » du XXI^e siècle, dont les réserves croissent de manière exponentielle, les données collectées sur les réseaux sociaux, les plateformes de streaming, et *via* la billetterie en ligne, dessinent une nouvelle frontière pour le secteur. Pour les entrepreneurs de spectacles, elles pourraient constituer l'un des leviers d'une métamorphose en profondeur de leur modèle économique, et leur permettre d'accélérer leur niveau d'efficacité dans l'ensemble de leurs processus métier.





Étienne Papin

Étienne Papin est avocat au barreau de Paris depuis 1999. Il est spécialiste du droit de l'innovation et de la création. Il dispose d'une expérience importante dans le droit du spectacle et de la musique.

Il n'est quasiment aucune œuvre représentée qui ne fasse l'objet d'une fixation préalable, indispensable à son exécution : la pièce de théâtre est éditée pour que les comédiens puissent apprendre leur texte, la musique est mise en partition pour être jouée par les musiciens, les films sont fixés (avant sur une pellicule maintenant sur des disques durs), afin de pouvoir être représentés en salle. Sans le secours d'une reproduction, le droit de représentation s'épuise aussitôt qu'on l'exploite.

Peut-être est-ce la raison pour laquelle le spectacle vivant est l'oublié du droit d'auteur et des droits voisins. L'entrepreneur qui assemble tous les éléments pour qu'en un lieu et à une heure donnée soient jouées devant un public des œuvres de l'esprit, tire sa rentabilité de la vente des autorisations d'accès au spectacle. Ici s'arrêtera sa capacité à exploiter économiquement les œuvres représentées : nul besoin de protéger un support matériel contre une exploitation abusive. C'est l'instantanéité, l'éphémère qui protège — ou qui limite — le producteur de spectacles. Le spectacle donné, il a aussitôt disparu, il n'y a plus rien sur lequel exercer un droit patrimonial.

MAIS CECI N'EST PLUS VRAI

Deux révolutions technologiques ont changé la donne : ce qui ne pouvait pas être accaparé par des tiers — l'éphémérité du spectacle, la valeur économique des titres d'accès — l'est devenu.

À l'insu de son producteur, le spectacle peut être capté sur des Smartphones puis diffusé sur Internet. À l'insu de son producteur, des autorisations d'accès au spectacle peuvent être vendues par des sites Internet qui s'immiscent dans le processus de commercialisation de la billetterie.

Comme tout entrepreneur de la création, le producteur de spectacles doit être protégé contre les agissements de ceux qui tirent profit sans légitimité des initiatives qu'il prend et des risques qu'ils supportent pour produire un spectacle. Las. Celui-ci, à l'inverse des producteurs de phonogrammes et des producteurs audiovisuels, ne dispose pas de droit voisin.

COMMENT PALLIER CETTE CARENCE LÉGISLATIVE ?

La protection du spectacle au titre du droit d'auteur

Évacuons de notre recherche un sujet qui ne pose pas de difficultés : lorsque le spectacle est une œuvre, il sera alors une œuvre composite. Spectacle de musique, pièce de théâtre, stand-up, etc., le spectacle repose sur des œuvres premières (musiques, chansons, textes) propriété d'auteurs ayant le plus souvent apporté leurs droits aux sociétés de gestion collective : Sacem et SACD. Pas de difficulté : le producteur du spectacle acquiert les droits nécessaires à l'exécution des œuvres en public par des contrats généraux de représentation. Dans son acception la plus simple, la problématique s'arrête où elle commence : un interprète,

un micro, voici un spectacle qui se réduit aux œuvres interprétées (musiques ou textes). Il n'y a pas de place pour une œuvre seconde.

Mais il y a aujourd'hui sur scène souvent bien plus que cela : un décor, des chorégraphies, une mise en scène, des costumes, des effets visuels, une scénographie, etc. Autant de créations, réunies à l'instigation du producteur pour créer le spectacle, susceptibles d'être également protégées par le droit d'auteur. Le tout forme-t-il une œuvre nouvelle qui ne se réduit pas à la somme des œuvres qui le composent ?

LE SPECTACLE, UNE ŒUVRE COLLECTIVE ?

« Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, 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 sur l'ensemble réalisé. »

On est frappé par la prévalence du droit de reproduction dans la définition qui faite de l'œuvre collective par l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle. C'est l'œuvre qui est « éditée » ou « publiée » donc fixée sur un support matériel par son initiateur. Que faire de la titularité des droits sur une œuvre qu'on ne fait que représenter et dont l'exploitation ne se conçoit pas au-delà du temps de sa représentation ?





Pourtant, le spectacle est un candidat idéal à la qualification d'œuvre collective car il n'est pas de spectacle sans cet organisateur qui commande et réunit l'ensemble des contributions nécessaires au divertissement des spectateurs.

Il la divulgue sous son nom : les affiches du spectacle et les billets portent le nom du producteur. Le spectacle est bien le creuset dans lequel « se fond » chaque contribution des coauteurs : on parle ici des auteurs des œuvres jouées mais aussi des auteurs des décors, mises en scène, chorégraphies, contenus audiovisuels diffusés sur la scène pendant le spectacle, voire les jeux de lumières ou de pyrotechnie lorsque ces éléments accèdent à la qualité d'œuvre à raison de l'originalité suffisante qui leur serait reconnue.

Nous trouvons en jurisprudence quelques décisions qui ont reconnu la qualification d'œuvre collective à un spectacle. Un spectacle intitulé *L'Écho râleur* « basé sur la reprise d'œuvres musicales préexistantes et alliant chant, mise en scène et chorégraphie » est reconnu comme œuvre collective, propriété d'une association, par le TGI de Paris dans sa décision du 29 mai 2009. Un numéro de prestidigitation est reconnu comme œuvre collective appartenant à la société David Copperfield's Disappearing

Inc. par le TGI de Paris dans sa décision du 20 décembre 1996 confirmée par la cour d'appel de Paris le 30 avril 1998. Les juges reconnaissent tant l'originalité que la titularité des droits à la société divulgatrice au motif que « le numéro de "l'homme volant" témoign[e] d'originalité et port[e] l'empreinte de la personnalité de ses créateurs par sa mise en scène faisant appel à un accompagnement musical, à des jeux de lumière, à des décors spécifiques dans lesquels s'enchaînent suivant un ordre particulier divers tours et figures. »

L'intérêt pour le producteur de revendiquer la protection au titre de l'œuvre collective sera double : elle lui permettra de disposer *ab initio*, des droits patrimoniaux sur l'œuvre sans avoir à se préoccuper d'obtenir les cessions de droits afférentes des auteurs, ni d'être contraint par la rémunération proportionnelle pour certains d'entre eux. Rappelons, s'agissant de la musique (spectacles de variété) et des textes (pièces de théâtre) que l'apport des droits des auteurs et compositeurs aux sociétés d'auteurs n'interdit pas que l'œuvre collective soit également une œuvre composite incluant les musiques et textes préexistants joués sur scène au cours du spectacle.

L'autre intérêt sera de pouvoir s'opposer efficacement à la réexploitation du spectacle par un tiers, par exemple sous forme de télédiffusion ou webdiffusion, ou par la reprise sur scène des éléments originaux dans un autre spectacle.

Peut-on, lorsque l'on est un professionnel de l'industrie du spectacle, se contenter de la qualification d'œuvre collective pour asseoir sa protection sur le spectacle que l'on produit ? C'est ici la faiblesse pour le praticien de l'œuvre collective : l'incertitude de sa reconnaissance la prive d'effet économique utile. L'œuvre collective s'envisage souvent comme un moyen de défense lorsque l'un des contributeurs vient à revendiquer des droits à l'encontre de la personne morale exploitant l'œuvre et non comme un outil utile d'exploitation d'un actif incorporel.

Aussi, la prudence commandera de prévoir des clauses de cession de droits, en prenant le soin de veiller à leur conformité à l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle, dans les contrats avec les différents contributeurs participant à la production du spectacle.

Reste un parent pauvre : les spectacles les plus démunis d'artifices ou de mises en scène n'en sont pas moins parfois les plus vivants et les plus appréciés du public. Un artiste, un instrument, une voix, à peine une lumière, et cela peut être suffisant. Il n'y aura pas dans ces circonstances pour le producteur de salut par le recours à l'œuvre collective fautive d'œuvre. Ce n'est pas pour autant que l'investissement du producteur dans le spectacle ne mériterait pas d'être protégé. C'est ici qu'il faut appeler à la création d'un droit voisin au bénéfice du producteur de spectacles anormalement exclu de cette protection.

LE SPECTACLE, UNE ŒUVRE DE COLLABORATION ?

« Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques », nous apprend l'alinéa 1 de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Impossible de concevoir qu'un spectacle puisse être à la fois une œuvre de collaboration et une œuvre collective. C'est nécessairement l'une ou l'autre, et dans la mesure où nous concluons volontiers que dans la situation d'un entrepreneur s'assurant des efforts collectifs d'auteurs pour offrir au public un spectacle, l'œuvre ainsi représentée est une œuvre collective, nous devrions exclure dans la même situation la qualification d'œuvre de collaboration.

On rencontre cependant dans la jurisprudence, au gré des circonstances d'espèce, des spectacles que le juge qualifiera d'œuvre de collaboration ; par exemple, un spectacle de ballets. Rien à critiquer si aucun des plaideurs n'a songé à invoquer la qualification d'œuvre collective.

Reste que la qualification d'œuvre de collaboration n'a pas d'intérêt pour le producteur qui ne peut pas même revendiquer une quote-part indivise dans l'œuvre à défaut d'investissement artistique dans sa création. Ici encore, il lui faut s'assurer, par des cessions en bonne et due forme, la réunion sur sa tête de l'ensemble des droits patrimoniaux des auteurs impliqués dans la production du spectacle.

Les protections périphériques à la propriété intellectuelle

LA COMMERCIALISATION ILLICITE DES TITRES D'ACCÈS AU SPECTACLE

Vendre des billets de spectacles exigeait naguère des investissements importants car il fallait couvrir le territoire d'un réseau de points de ventes physiques dans lesquelles les futurs spectateurs pouvaient venir « acheter » leur billet et repartir avec un titre papier qui leur permettrait, plus tard, d'être autorisés à

pénétrer dans le lieu où se tiendrait le spectacle. Voilà qui décourageait l'escroquerie. La vente des billets de spectacles a donc toujours été confiée par les producteurs à des intermédiaires professionnels spécialement mandatés par eux à cet effet : les distributeurs de billetterie. Aujourd'hui, les billets de spectacles sont très majoritairement vendus par ces distributeurs sur Internet et dématérialisés : le billet est imprimé directement par le spectateur ou conservé sur son Smartphone sans nécessité d'impression.

Depuis plusieurs années ont été constatées des pratiques consistant en la mise en vente de billets de spectacles, notamment par **des sites Internet non autorisés par les producteurs des spectacles concernés**, à des prix souvent considérablement supérieurs à la valeur faciale du billet. Ces prétendus revendeurs proposent même parfois des billets sans avoir l'assurance que le spectacle aura lieu !

Pour lutter contre la revente de billets, sur Internet ou dans notre monde physique, le législateur a adopté, par l'article 3 de la loi n° 2012-348 du 12 mars 2012 tendant à faciliter l'organisation des manifestations sportives et culturelles, une infraction à l'article 313-6-2 du Code pénal.

L'article 313-6-2 dispose : « Le fait de vendre, d'offrir à la vente ou d'exposer en vue de la vente ou de la cession ou de fournir les moyens en vue de la vente ou de la cession des titres d'accès à une manifestation sportive, culturelle ou commerciale ou à un spectacle vivant, de manière habituelle et sans l'autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation de cette manifestation ou de ce spectacle, est puni de 15 000 € d'amende. Cette peine est portée à 30 000 € d'amende en cas de récidive. »

Pour l'application du premier alinéa, est considéré comme titre d'accès tout billet, document, message ou code, quels qu'en soient la forme et le support, attestant de l'obtention auprès du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation du droit d'assister à la manifestation ou au spectacle. »

Cette infraction, rendue nécessaire par les comportements peu scrupuleux contre lesquels elle entend lutter, est la traduction en droit pénal d'une situation juridique simple. Le billet matérialise l'existence d'un contrat de service (*instrumentum*) entre le spectateur et le producteur dont l'objet (*negotium*) est le droit d'accéder à la représentation d'un spectacle contre le paiement du prix. La chaîne de distribution des billets d'un spectacle est organisée par une succession de contrats de mandat ou de commissionnement. Par l'effet juridique du mécanisme de représentation, c'est le producteur qui contracte directement avec le spectateur. Or, nul n'a le droit de s'immiscer dans une relation contractuelle. C'est ce que rappelle cet article 313-6-2 du Code pénal que les tribunaux ont déjà eu l'occasion d'appliquer à de nombreuses reprises contre les prétendus sites de revente de billets.

L'article 313-6-2 du Code pénal réaffirme donc les prérogatives essentielles du producteur sur la billetterie du spectacle. **Seul le producteur a le droit d'organiser le circuit de distribution des titres d'accès qui permettront au public d'assister au spectacle** et au producteur de rentrer dans ses frais. Cette prérogative trouve son fondement dans deux considérations qui fondent l'article 313-6-2 du Code pénal.

D'une part, lorsque l'on considère la distribution d'un service, comme c'est le cas pour les billets de spectacles, la chaîne de distribution doit être maîtrisée de bout en bout par le fournisseur du service (le producteur) afin d'assurer au spectateur l'obtention d'un titre d'accès valable. En effet, le « billet » n'est qu'une donnée informatique, présente dans le système des distributeurs et sous-distributeurs de billetterie, qui est authentifiée lors du contrôle d'accès sur le lieu du spectacle. L'authenticité d'un billet ne résulte pas des qualités intrinsèques de son support physique qui serait infalsifiable ou difficilement falsifiable mais de la fiabilité de la chaîne de traitement de l'information de la vente du billet jusqu'au contrôle d'accès. Lorsqu'un acteur non autorisé s'immisce dans cette chaîne, la confiance sur la fiabilité du billet ne peut plus être garantie au spectateur.

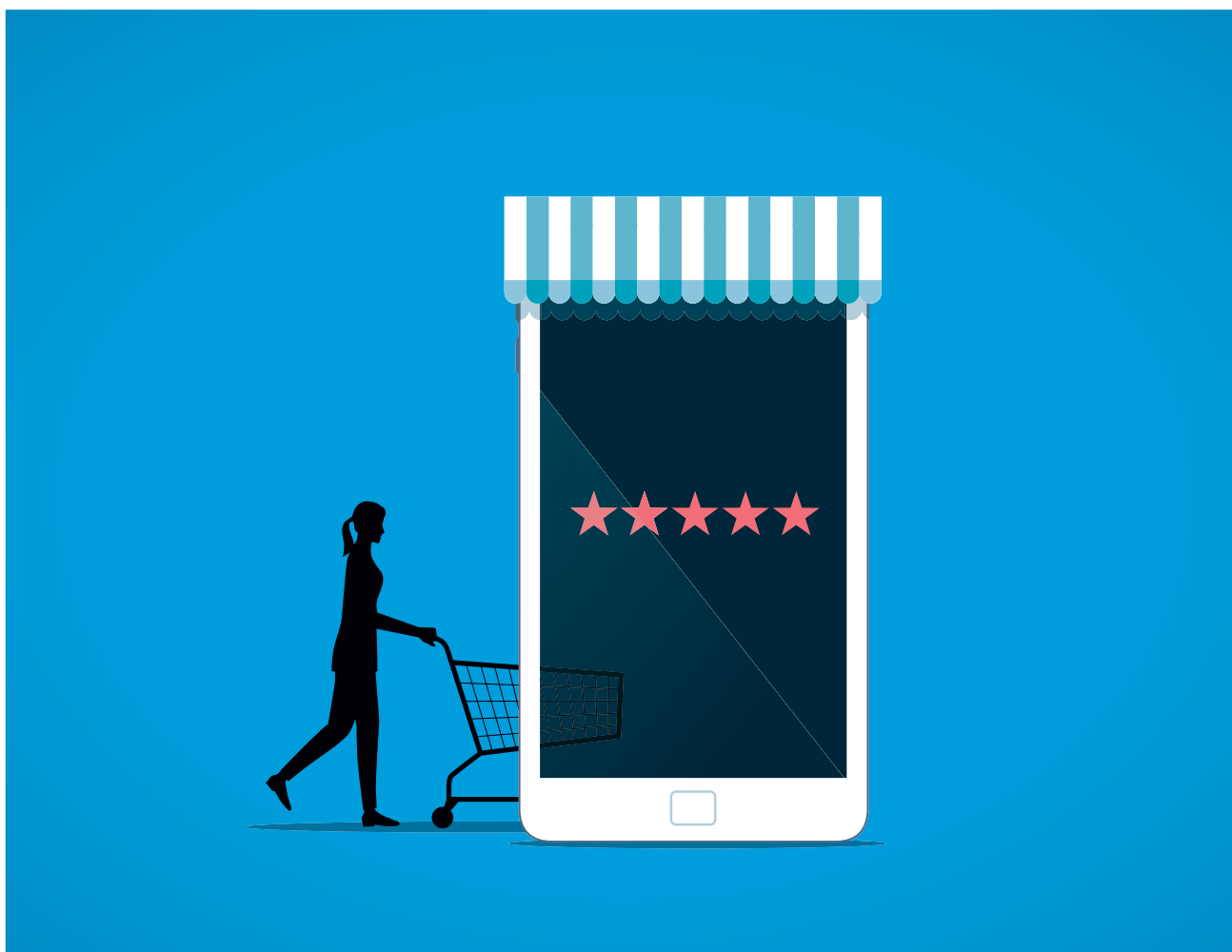


D'autre part, le principe est depuis longtemps établi que la capacité de tirer un profit d'une entreprise est réservée à celui qui investit dans cette activité et en supporte les risques en cas d'échec. Point n'est besoin de revenir ici en détail sur la notion de parasitisme. Il est de jurisprudence constante que le parasitisme est un comportement délictuel qui engage la responsabilité civile de son auteur. **Le parasitisme se manifeste par l'exploitation du travail, des idées, des investissements, de la publicité ou de la notoriété d'autrui.** Il vise à utiliser, pour son propre profit, le succès commercial et industriel d'un autre. L'article 313-6-2 du

Code pénal constitue ainsi l'incrimination d'un comportement spécifique de concurrence parasitaire. Il en découle l'interdiction faite à tout tiers d'agir à quelque titre que ce soit, sans autorisation du producteur, sur un marché qui aurait pour objet le billet. Les actes incriminés permettent de rendre compte de toute la gamme des opérations juridiques possibles sur le marché : offrir à la vente ou à l'achat, acheter pour revendre mais aussi offrir les moyens juridiques (par le courtage, le mandat à l'achat ou à la vente) ou techniques (notamment sous forme de places de marché électronique) grâce auxquels s'opère la transaction d'achat/vente du billet. Aucun de ces actes n'échappe à l'autorisation du producteur, dessinant ainsi l'étendue de ses droits exclusifs.

Il n'est qu'une exception à cette nécessaire autorisation du producteur : le cas dans lequel l'un des actes précités est effectué à titre non commercial. La revente de billets entre proches, voisins, amis, etc., par son caractère exceptionnel, n'est pas attentatoire à la valeur économique que l'article 313-6-2 du Code pénal protège.

Le droit accordé par l'article 313-6-2 du Code pénal au profit du producteur de spectacles forme ainsi un droit voisin qui ne dit pas son nom, réduit cependant à un droit de distribution.





LA CONCURRENCE DÉLOYALE

Le producteur de spectacles tire ses ressources quasi uniquement de la vente de la billetterie. Cette valeur est donc aujourd'hui protégée par l'article 313-6-2 du Code pénal.

Reste qu'il s'agit **d'une protection incomplète** car, on l'a vu, le spectacle peut faire l'objet de détournements qui ont pour objet les éléments qui le composent : captation et diffusion des images et vidéos du spectacle.

Faute de droits de propriété intellectuelle nés sur la tête du producteur ou acquis par lui à la suite de cessions, l'action en concurrence déloyale conservera alors tout son intérêt.

Elle sera susceptible d'assurer une protection au titre du spectacle. Ainsi, l'ensemble désigné sous le nom « les chœurs de l'armée Rouge de la ville de Kiev » entretient une confusion fautive avec un premier ensemble désigné « chœurs et danses de l'armée Rouge ». Plus fondamentalement, les éléments constitutifs du spectacle lui-même sont susceptibles d'une appropriation fautive par un entrepreneur concurrent. Les enseignements de la célèbre

jurisprudence « la nuit des héros » sont transposables au spectacle vivant. Il faudra bien sûr que la mise en scène, le choix des titres, leur ordonnancement (*setlist*), le choix des artistes, la chorégraphie, la scénographie, etc., présente une spécificité — on n'ose pas dire une originalité — suffisante pour que la reprise de tout ou partie de ces éléments par un autre entrepreneur de spectacles puisse être fautive vis-à-vis du premier.

Tout est affaire d'espèce et d'appréciation souveraine du juge du fond. On trouvera ainsi en jurisprudence, dans un secteur périphérique au spectacle vivant à proprement parler, une décision qui refuse de considérer comme fautive la reprise des tours de magie exploités par une société sous forme de DVD par une société concurrente éditant également ses propres DVD. Le tribunal de grande instance de Tarascon constate dans sa décision du 21 septembre 2012 « qu'il ne saurait être envisagé de déférer devant les tribunaux tous les illusionnistes utilisant leur main, un foulard, faisant apparaître un oiseau ou un lapin ou disparaître un objet précieux tant le procédé est usité depuis des temps immémoriaux ; qu'en l'espèce l'absence d'originalité de l'ac-

cessoire et de la gestuelle ne saurait faire obstacle à l'utilisation du même procédé avec des accessoires différents sans générer un acte de concurrence déloyale. »

En revanche, concurrence déloyale il y a dans l'espèce tranchée par la cour d'appel de Paris le 1^{er} décembre 2015. Ainsi, la société qui a exploité pendant 30 ans un spectacle d'images et de lumières projetées sur les parois d'une carrière louée à la commune des Baux-de-Provence ne peut voir son travail repris par l'entreprise à laquelle la mairie a concédé, en remplacement du précédent locataire, l'exploitation du lieu. Le juge d'appel relève d'abord que les projets présentés par le nouvel exploitant « sont en continuité absolue avec la programmation passée ». Il relève ensuite que le nouvel exploitant reprend le « concept » du précédent consistant à projeter des images sur les parois des carrières et à y immerger le spectateur ; reprise également des mêmes thèmes (les œuvres de grands noms de la peinture). La cour d'appel relève enfin que le nouvel exploitant a délibérément cherché à se placer dans la continuité de la société précédente et l'a même revendiqué. Le parasitisme est ici constitué, là où la contrefaçon a été écartée.

