

Le mash-up, vjing, ciné-remix face au droit d'auteur

Mars 2009

Ismay MARÇAIS
Avocat au Barreau de Paris
i.marcais@im-avocats.com

INTRODUCTION

Le « mash-up », également connu sous les noms de « mash-up audio », « vjing » (mash-up vidéo) ou « ciné-remix » (forme particulière de mash-up vidéo consistant à mixer des séquences de films), connaît un succès grandissant en raison du développement de l'informatique et de l'accès à des contenus préexistants.

Les mash-uppeurs créent à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes audiovisuelles ou musicales, une œuvre composite.

Ils sont notamment sollicités par les producteurs cinématographiques américains pour créer des bandes-annonces alternatives.

Il ne faudrait pas que le droit d'auteur français, plus protecteur que le droit d'auteur américain, freine la création de ces œuvres composites.

Cette étude a pour objet de définir les différentes techniques de mash-up (I), préciser le régime juridique qui leur est applicable (II), faire le point sur les autorisations nécessaires (III) et envisager les perspectives possibles (IV).

I. Les différentes techniques de mash-up

On peut distinguer de manière générale trois sortes de techniques de mash-up : le mash up-audio, le mash-up vidéo et le ciné-remix (qui est une forme particulière de mash-up vidéo).

Le mash-up audio (aussi appelé bootleg, en cas d'utilisation non officielle, ou bastard pop) désigne le fait de mélanger deux ou plusieurs enregistrements phonographiques préexistants souvent totalement différents (un de rock et un d'électro par exemple) pour en recréer un seul.

La superposition se réalise le plus souvent à partir d'un enregistrement dans une version a capella et d'un autre dans une version instrumentale. A titre d'exemples, on peut citer : le titre « Bongo Bong » de Manu CHAO (mix des paroles de « King of The Bongo » de l'ancien groupe de Manu CHAO, La Mano Negra, sur la musique de « Je ne t'aime plus »), l'album « The Grey Album » de Danger MOUSE (paroles du Black Album de Jay-Z sur des samples de l'album blanc des Beatles) et l'album « As Heard on Radio Soulwax part 2 » de 2 Many DJ's.

Le mash-up vidéo, plus connu sous le nom de « vjing », consiste à superposer des échantillons d'œuvres audiovisuelles (séquences animées d'images sonorisées ou non) préexistantes ou originales avec une ou plusieurs œuvres musicales préexistantes ou originales.

Le ciné-remix consiste à remixer des extraits d'une œuvre cinématographique. Il peut s'agir d'un mix d'images d'un film muet avec des paroles et/ou des musiques créées par le ciné-remixeur ou encore d'un mix d'une bande sonore d'un film avec les images d'un autre film. Le ciné-remixeur modifie généralement l'esthétique de l'image, le procédé narratif, etc... Il effectue un réel travail de réalisateur, scénariste, dialoguiste, allant parfois jusqu'à recomposer la bande sonore du film. A titre d'illustration, on peut citer l'œuvre « The Trip » de l'artiste américain Jeff MILLS réalisée à partir des images du film « Metropolis » de Fritz LANG associées à une bande sonore révisée.

Cette étude sera limitée aux mash-up qui utilisent du contenu audio et/ou vidéo préexistant protégé par le droit d'auteur sans la collaboration des auteurs des œuvres préexistantes.

II. Le mash-up à l'épreuve du droit de la propriété intellectuelle

Le mash-up constitue une œuvre composite¹ dès lors qu'il est réalisé à partir d'un contenu préexistant protégé par le droit d'auteur, sans la collaboration de l'auteur de l'œuvre préexistante,

Selon l'article L.113-4 du Code de la propriété intellectuelle :

« L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. ».

L'œuvre composite, pour être protégeable au titre du droit d'auteur, doit :

- être originale (II.1) ;
- respecter les droits des auteurs, les droits des artistes-interprètes et les droits des producteurs de l'œuvre préexistante (II.2.).

Dans un souci d'exhaustivité, on étudiera également le cas de l'utilisation d'œuvres tombées dans le domaine public (II.3.) et quelques exceptions applicables en droit d'auteur (II.4.).

II.1. L'originalité de l'œuvre composite

Le mash-uppeur utilise du contenu existant, qu'il remixe, transforme voire redessine à la manière d'un artiste plasticien.

L'œuvre composite créée à partir de ces superpositions de sons et/ou d'images pourrait être qualifiée d'œuvre au sens du droit d'auteur, et être protégée en tant que telle, si elle est originale.

Or, la notion d'originalité se définit traditionnellement comme l'empreinte de la personnalité de son auteur. Elle s'apprécie au cas par cas.

On pourrait considérer que le mash-uppeur vidéo ou vidéo-jockey, agit, avec les œuvres audiovisuelles, à la façon du disc-jockey avec des œuvres musicales.

Selon A.-E. Kahn, le disc-jockey *« (participerait) à une véritable création musicale [en ce qu'il] modifie la structure des œuvres préexistantes qu'il utilise et crée au fur et à mesure une œuvre nouvelle, (...) à partir du moment où il y a organisation des éléments sonores, donc originalité »*².

La personnalité de l'auteur du mash-up pourrait ainsi se manifester, tout à la fois, dans le choix des œuvres sélectionnées, la ligne mélodique ainsi créée, le nouveau scénario élaboré en cas de mash-up vidéo.

Dès lors que la forme de l'œuvre composite réalise la conception de l'auteur second, elle pourra être considérée comme originale.

II.2. Le nécessaire respect des droits des auteurs, des artistes interprètes et des producteurs

En premier lieu, l'œuvre préexistante doit être reconnaissable.

¹ Article L. 113-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle *« Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. »*

² A. E. Kahn, Le droit des musiciens dans l'environnement numérique : Thèse Dijon, 1998, n° 445 s.

Si le mash-up contient une mélodie ou une séquence de film qui, même reprise partiellement, est représentative de la personnalité de son(s) auteur(s), il est nécessaire d'obtenir l'autorisation de ce(s) dernier(s).

La personnalité de l'auteur peut se manifester quelque soit le nombre de notes³ ou la durée de la séquence audiovisuelle. Dès lors que la mélodie et/ou la séquence d'image échantillonnée sont identifiables, les autorisations des ayants-droit sont nécessaires.

En d'autres termes, il n'y a pas de contrefaçon lorsque l'œuvre échantillonnée n'est plus reconnaissable. La Cour d'appel de Toulouse, statuant en matière correctionnelle, a ainsi relaxé du délit de contrefaçon des disc-jockeys qui avaient diffusé, au cours de leurs soirées, des oeuvres protégées dès lors qu'ils avaient produit, à partir des musiques enregistrées et par diverses manipulations, une musique nouvelle et différente ne rendant plus reconnaissable la musique d'origine par un auditeur moyen⁴.

Si l'œuvre préexistante est reconnaissable, le mash-upreur devra respecter deux types de droits :

- les droits des auteurs ;
- et par extension les droits voisins (droits qui sont reconnus aux artistes-interprètes et aux producteurs).

II.2.1. Le respect des droits des auteurs

Le mash-upreur devra respecter :

- d'une part, les droits patrimoniaux⁵ de l'auteur de l'œuvre préexistante : droit de représentation (exécution publique et diffusion) et droit de reproduction (fixation de l'œuvre sur un support), qui permettent à l'auteur d'être rémunéré pour sa création ;
- d'autre part, son droit moral⁶ (droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre).

Ainsi, toute adaptation de l'œuvre, toute incorporation dans une autre œuvre musicale et toute synchronisation avec une œuvre audiovisuelle doit faire l'objet d'une autorisation de l'auteur.

Par ailleurs, les titres des œuvres et les noms des auteurs doivent être mentionnés sur les pochettes, jaquettes, livrets, à moins que ces derniers n'y aient renoncé expressément.

En raison de son droit moral, l'auteur peut s'opposer à toute atteinte à l'intégrité de son œuvre (coupure, déformation, etc...). Le mash-upreur doit avoir conscience que la simple utilisation d'un extrait constitue une atteinte à l'intégrité de l'œuvre, et ce même si ce dernier a le sentiment de rendre hommage à l'œuvre en la reproduisant même partiellement.

L'auteur peut également s'opposer à une utilisation de son œuvre qu'il jugerait dégradante (par exemple, en cas d'utilisation dans une publicité vantant les mérites d'une marque de papier toilette ou encore en cas d'utilisation en association avec des images pornographiques). Sur cette base, le groupe de rock américain MGMT a ainsi accusé l'UMP de contrefaçon pour avoir diffusé, sans leur autorisation, un de leur titre dans le cadre d'un meeting et sur Internet.

³ TGI Paris, 5 juill. 2000 : Com. comm. électr., mars 2001, comm. n° 23, obs. C. Caron

⁴ CA Toulouse Ch.correc.3., 16 mars 2000 n°99/01088

⁵ Article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle « *Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.* »

⁶ Article L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre.*

Ce droit est attaché à sa personne.

Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.

Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur.

L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires. »

Il est précisé que le droit moral est un droit perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Dans tous les cas les auteurs ou leurs ayants-droit devront être consultés.

Ainsi, pour chaque œuvre musicale reproduite, en entier ou par extraits, sont nécessaires, les autorisations :

- d'une part, des auteurs de l'œuvre musicale (compositeurs, paroliers, arrangeurs, etc..) ;
- d'autre part, de l'éditeur musical à qui l'auteur aura cédé ses droits patrimoniaux et son droit d'adaptation audiovisuelle.

C'est à l'éditeur musical que devra être adressée la demande d'autorisation.

Pour chaque œuvre audiovisuelle reproduite, en entier ou par extraits, sont nécessaires, les autorisations de l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans parole spécialement réalisées pour l'œuvre et réalisateur.

La demande d'autorisation sera adressée au producteur de l'œuvre audiovisuelle, présumé être cessionnaire des droits, et à l'éditeur musical en ce qui concerne l'auteur de la musique.

Si le contenu préexistant utilisé est du contenu audio/vidéo, une demande d'autorisation devra être adressée au producteur phonographique, au producteur audiovisuel et à l'éditeur musical.

II.2.2. Le respect des droits des artistes interprètes et des producteurs

Les titulaires de droits dits « voisins » sont :

- les artistes-interprètes qui interprètent les œuvres ;
- s'agissant d'une œuvre musicale : le producteur phonographique qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son ;
- s'agissant d'une œuvre audiovisuelle : le producteur audiovisuel qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non.

Le producteur phonographique de la musique est également producteur du vidéogramme.

Sont ainsi soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète, la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation dès lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et pour l'image⁷.

L'autorisation du producteur de phonogrammes est quant à elle requise avant toute reproduction, mise à disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, communication au public de son phonogramme (autre que sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle, ou sa radiodiffusion)⁸.

L'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, communication au public de son vidéogramme⁹.

Les artistes interprètes disposent également d'un droit moral qui se compose :

- d'un droit de paternité ;
- d'un droit au respect de leur interprétation.

⁷ Art. L.212-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle

⁸ Articles L.213-1 alinéa 2 et L.214-1 du Code de la propriété intellectuelle

⁹ Article L.215-1 du Code de la propriété intellectuelle

Leur droit moral est cependant plus restreint que celui des auteurs dans la mesure où son exercice ne doit pas porter atteinte aux droits de ces derniers.

La demande d'autorisation sera en pratique adressée aux producteurs du phonogramme (qui sont également producteurs des vidéomusiques correspondantes) ou du vidéogramme utilisé.

A défaut d'obtenir ces autorisations, le délit de contrefaçon sera constitué¹⁰.

II.3. La question des œuvres tombées dans le domaine public

Les droits patrimoniaux sont accordés à l'auteur et aux titulaires de droits voisins pendant une durée limitée.

L'œuvre est protégée pendant 70 ans à compter de la fin de l'année à laquelle l'auteur est décédé. En cas d'œuvre musicale ou audiovisuelle (qui suivent le régime des œuvres de collaboration), il faudra calculer le point de départ du délai à compter du décès du dernier coauteur.

Les droits voisins (droit des artistes interprètes et droit des producteurs) sont quant à eux protégés pendant 50 ans à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle :

- de l'interprétation pour les artistes-interprètes ;
- de la première fixation d'une séquence de son pour les producteurs de phonogrammes et d'une séquence d'images sonorisée ou non pour les producteurs de vidéogrammes.

Il en résulte que les œuvres considérés comme étant tombées dans le domaine public sont en pratique assez rares.

II.4. Les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins

Dans certains cas strictement énumérés par la loi, les auteurs et les titulaires de droits voisins ne peuvent interdire la reproduction des œuvres et de leurs supports. La diffusion des connaissances incite le législateur à créer de nouvelles exceptions¹¹. Le mash-up pourrait-elle un jour en faire partie ?

Nous nous limiterons à l'étude de l'exception de courte citation et de parodie.

a) L'exception de courte citation

Les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins sont énumérées aux articles L.122-5 du Code et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle.

L'auteur et les bénéficiaires des droits voisins ne peuvent notamment interdire :

« 3° Sous réserve d'éléments suffisants d'identification de la source :

les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées »

Traditionnellement, l'exception de courte citation n'est pas considérée comme transposable en matière musicale dans la mesure où la source et le nom de l'auteur ne peuvent être mentionnés.

¹⁰ Article 335-4 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle : « Est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ou de l'entreprise de communication audiovisuelle. »

¹¹ Article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle – Loi du 1^{er} août 2006 introduisant une nouvelle exception relative à la reproduction ou la représentation d'œuvres graphiques, plastiques ou d'architecture dans un but exclusif d'information immédiate

Au surplus, la citation doit être justifiée par le caractère critique, polémique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elle est incorporée, ce qui est peu concevable en matière musicale.

b) L'exception de parodie

L'auteur et les bénéficiaires des droits voisins ne peuvent par ailleurs interdire « *la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre* ».

L'œuvre « Véritables préludes flasques, pour un chien » de Erik SATIE, parodie de l'œuvre de Claude DEBUSSY, « Prélude à l'après-midi d'un faune », en constitue une illustration célèbre.

L'auteur doit poursuivre une intention humoristique, qui suppose une modification du texte et l'utilisation à dessein d'un vocabulaire plus familier¹².

La parodie implique des emprunts assez nombreux et précis pour faire apparaître le lien de filiation avec l'œuvre visée, tout en s'en démarquant suffisamment pour ne pas lui faire concurrence.

Certains mash-up superposent ainsi, dans une intention humoristique caractérisée, la bande sonore de la bande annonce d'un film sur les images d'un autre film.

c) Vers une nouvelle exception permettant l'utilisation d'un contenu existant protégé par le droit d'auteur ?

Dans son livre vert du 16 juillet 2008¹³ consacré au « droit d'auteur dans l'économie de la connaissance », la Commission européenne a lancé une consultation portant notamment sur la création d'une nouvelle exception au droit d'auteur permettant l'utilisation de contenu existant protégé pour créer des œuvres nouvelles ou dérivées.

L'exception qui serait introduite pour les œuvres « transformatives » aurait pour effet de passer outre l'obligation d'autorisation des auteurs de l'œuvre d'origine, à condition que le test en trois étapes prévu par la Convention de Berne soit respecté.

Plus particulièrement, la Convention de Berne prévoit notamment que les pays peuvent autoriser la reproduction d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sans la permission du titulaire de droit dans « *certaines cas spéciaux, à condition que de telles reproductions n'entrent pas en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ».

Malgré tout l'intérêt qu'elle peut susciter, l'introduction d'une telle exception ne paraît cependant pas souhaitable en droit français car elle porterait atteinte aux droits de l'auteur de l'œuvre préexistante d'autoriser la reproduction, les adaptations, arrangements et autres transformations de son œuvre.

Le droit moral de l'auteur ne peut être à ce point annihilé.

Ainsi, au lieu d'introduire une nouvelle exception qui porterait atteinte à un des piliers du droit d'auteur français, il apparaîtrait plus judicieux que les artistes se regroupent dans une structure qui négocierait avec les sociétés de production et les sociétés de perception la mise en place d'un cadre plus aisée d'obtention d'autorisation.

III. Le contenu des autorisations

Réaliser un mash-up de manière licite peut relever du parcours du combattant au niveau des autorisations à recueillir. Certains artistes préfèrent ainsi rester dans la clandestinité afin de se faire

¹² TGI Paris, 3e ch., 29 nov. 2000 : RIDA 3/2001, p. 377, le Tribunal admet la parodie à propos d'une chanson qui avait été utilisée dans un film et les paroles modifiées afin de souligner le caractère sexuel de la relation des deux protagonistes.

¹³ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_fr.pdf

connaître du public dans l'espoir d'être ensuite contactés par de grandes maisons de disques pour travailler en tant que réalisateur artistique.

Pour autant, il n'est pas impossible de réaliser licitement un mash-up. A titre d'illustration, le groupe 2 Many DJ's a été le premier à commercialiser un album mash-up intitulé « As Heard On Radio Soulwax Pt.2 ». Quatre années auraient été nécessaires pour obtenir les autorisations.

Les demandes d'autorisation doivent comporter de manière précise :

- la mention distincte des droits cédés ;
- la durée des droits ;
- l'étendue des droits ;
- la destination envisagée ;
- les modes d'exploitations envisagés (commercial ou non) ;
- une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation envisagée ;
- les territoires d'exploitation.

Les mash-upeurs pourraient également présenter leurs créations aux producteurs sous forme d'une maquette. Les producteurs, dès lors qu'ils sont intéressés, se chargeront ensuite de négocier les droits auprès des ayants droit concernés.

Dans ce cas, les mash-upeurs devront mentionner tous les extraits de phonogrammes (« samples ») ou vidéogrammes qu'ils auraient l'intention d'incorporer, afin que le producteur puisse effectuer les demandes d'autorisation nécessaires auprès des ayants-droit concernés.

A défaut ils s'exposent à ce que toute rémunération ou dommages et intérêts qui pourraient être dus par le producteur en cas de défaut d'autorisation soient déduits de leurs redevances.

IV. Les perspectives

Certains auteurs et/ou artistes interprètes et/ou producteurs phonogrammes et/ou producteurs de vidéogrammes ont pu faire apport de leur droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique et la reproduction mécanique de leurs œuvres et/ou de leurs prestations à des sociétés de perception et de répartition.

Ces sociétés ont la faculté, dans la limite des mandats qui leur sont donnés, d'exercer collectivement les droits patrimoniaux des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes en concluant des contrats généraux d'intérêt commun avec les utilisateurs de ces supports dans le but d'améliorer la leur diffusion ou de promouvoir le progrès technique ou économique.

On pourrait envisager que les mash-upeurs se regroupent au sein d'une structure professionnelle qui négocierait avec ces sociétés un contrat général permettant l'exploitation à titre non exclusif de l'ensemble des œuvres de leur répertoire en contrepartie d'une rémunération négociée.

Il convient cependant de souligner que les auteurs et/ou artistes interprètes ne font en aucun cas apport de leur droit moral à ces sociétés, ce droit étant inaliénable. Ils devront donc en pratique toujours être consultés.

* *
*

L'art du mash-up permet de revisiter des œuvres majeures oubliées ou inconnues du public ou de promouvoir des œuvres récentes.

Le droit ne doit pas constituer un frein à ce type d'œuvres qui représente un outil de promotion et un vecteur de création artistique.

Le regroupement des mash-upeurs au sein d'une structure professionnelle pourrait constituer la première étape d'une reconnaissance légale et garantir la pérennité de ce processus de création.