

L'ASSIETTE DE LA REMUNERATION DES AUTEURS

DANS LES CONTRATS MULTIMEDIA

Gilles VERCKEN

Avocat au Barreau de Paris

Cabinet d'Avocats Gilles VERCKEN

AJFPIDA

18 Avril 2000

Nous souhaiterions partir d'une constatation simple : pour les praticiens, la détermination de l'assiette de la rémunération devant être versée aux auteurs au titre de la cession des droits constitue certainement la plus grande difficulté à résoudre lors de l'élaboration des contrats.

Cette difficulté existe pour tous les contrats de cession, quelque soit le secteur professionnel concerné. L'importance du contentieux en cette matière dans le domaine de l'édition littéraire ou de l'exploitation des œuvres audiovisuelles en est la démonstration.

D'un point de vue plus global, l'attribution d'un droit exclusif aux auteurs personnes physiques, dans notre système de droit d'auteur continental, a pour finalité essentielle de leur permettre de négocier la cession de ce droit exclusif, et donc de fixer une rémunération en contrepartie la plus conforme à leurs intérêts.

L'histoire de la reconnaissance du droit d'auteur et celle de la rémunération proportionnelle sont d'ailleurs intimement mêlées.

Faut-il également rappeler que c'est la forme de la rémunération de l'auteur – forfait ou pourcentage – qui a entraîné le premier conflit d'envergure entre auteurs et exploitants en 1777.

Beaumarchais, toujours lui, ne voulait plus être payé au forfait par la Comédie Française, mais voulait un pourcentage sur les recettes des entrées, accompagné d'un droit de contrôle sur les comptes ... tout est parti de cette revendication purement financière.¹

¹ Cf « auteurs et comédiens au XVIIIème siècle » - Jacques BONCOMPAIN – éditions Librairie Académie Perrin – 1976 – page 102 et suivantes « combien gagent les auteurs ? »

L'histoire des rapports conflictuels entre auteurs de films et producteurs – pour la reconnaissance de la qualité d'auteur des scénaristes et surtout du réalisateur – est en pratique l'histoire d'une revendication pour une participation aux recettes.²

Certes, il ne s'agit pas de réduire le droit d'auteur à la question de la rémunération, puisque les droits moraux sont là pour établir des équilibres qui ne sont pas fondés en théorie sur des questions financières, et que, vis-à-vis des utilisateurs, les droits patrimoniaux, le plus souvent exercés par les cessionnaires, assurent une protection plus globale.

Mais dans les relations entre les auteurs et les cessionnaires, la question de la rémunération est certainement la plus importante.

Dans le secteur du multimédia, le conflit sur le sujet est vif. Les différents groupes professionnels profitent de la nouveauté supposée du média pour tenter de redessiner les rapports entre auteurs et cessionnaires.

On constatera en premier lieu que la plupart des conflits portant sur les questions de titularité des droits et de qualification des œuvres multimédia, ont, pour véritable objet (ou cause), je dirais comme « obscur objet du désir », la question de la rémunération des auteurs.

Pourquoi les entreprises de presse, et les éditeurs, revendiquent la qualification d'œuvre collective pour leurs publications sur internet ?

Pourquoi le SELL défend la qualification de logiciel pour les œuvres multimédia ?

Pourquoi les entreprises revendiquent l'attribution des droits de leurs salariés à leur profit ?

Les réponses sont simples :

- en premier lieu, bien sur, pour être détenteur des droits des auteurs

mais surtout, en réalité, pour éviter de verser aux auteurs une rémunération proportionnelle.

² Cf sur l'histoire – riche d'enseignement pour le multimédia - des rapports conflictuels entre auteurs de films et producteurs – l'ouvrage passionnant de Jean Pierre JEANCOLAS, Jean Jacques MEUSY et Vincent PINEL « L'auteur de film - description d'un combat » - coédition Actes Sud – Institut Lumière - SACD – 1996 .

En l'état du droit « commun » du droit d'auteur, pour être cessionnaire des droits, il faut verser le prix ; ce prix doit être constitué, en principe, par une rémunération proportionnelle aux recettes de l'exploitation.

Les « investisseurs » ne peuvent donc simplement se contenter de prévoir des clauses de cession des droits dans leurs contrats avec les auteurs.

Ils doivent également diminuer leur marge en versant un pourcentage de leur chiffre d'affaire, à leurs « fournisseurs », ce qui constitue donc une charge d'exploitation.

Aussi, être titulaire des droits « ab initio », ou par le biais de système de cession automatique ou implicite, évite surtout de devoir reverser des rémunérations aux auteurs.

Dans le multimédia, et dans l'attente d'une solution aux problèmes de qualifications ou de titularité des droits évoqués tout à l'heure, le mécanisme le plus sûr pour l'entreprise aux fins d'acquiescer les droits, reste le contrat de cession.

La difficulté alors, pour les praticiens, n'est pas tant de définir et rédiger la clause de cession de droits, mais bien de définir la contrepartie de cette cession, le prix du droit d'auteur.

Rappelons brièvement quelles sont les règles de détermination de ce « prix ».

Mis à part les cas de cession à titre gratuit, dont le régime emprunte celui de la donation entre vifs, impraticable dans le domaine des affaires³, la cession doit comporter au profit de l'auteur une rémunération proportionnelle aux recettes provenant de la vente et de l'exploitation de l'œuvre⁴.

Tel est le principe posé par l'article L 131 – 4 alinéa 1 du CPI. A défaut de précision de la rémunération (taux et assiette en tout cas déterminable), pas de cession, et si exploitation sans cession, contrefaçon et, annulation, et/ou révision de la convention⁵. Alors attention !

³ Libéralité prévue par l'article L 122 – 7 du CPI – la cession à titre gratuit emprunte le régime des articles 893 et suivants du Code Civil et notamment l'article 931 : obligation d'un acte notarié – et les conséquences fiscales - cf. Gautier « Propriété littéraire et artistique » - et CA Versailles, 20 janvier 1987 – Observations Colombet Dalloz 1988 – page 207 – CA Paris, 1^{er} juillet 1998 – Dalloz 1998 – IR page 203

⁴ Le mot « prix », que d'aucun pourrait trouver inadapté au droit d'auteur, est utilisé dans le CPI à l'article L 131 – 5 sur la révision du forfait.

⁵ CA Aix 2 octobre 1995 Juris- Data n°046430

A ce principe, le CPI a apporté des exceptions, soit d'application générale (article L 131 – 4 alinéa 2, n°1 à 4), soit spéciales concernant le logiciel (article L 131 – 4, n°5), l'édition de librairie, les cessions à l'étranger dans le domaine de l'édition, les journalistes dans le cadre de la commande ou du salariat (article L. 132 – 6 du CPI), la reprographie (article L 122 – 11, qui renvoie aux cas généraux).

Les quatre exceptions générales, d'interprétation stricte, visent les cas dans lesquels :

- la base de calcul ne peut être déterminée (1°),
- il n'existe pas de moyens de contrôle de l'application de la rémunération proportionnelle (2°),
- les moyens à mettre en œuvre pour l'application de la rémunération proportionnelle sont disproportionnés par rapport au produit à en attendre (3°),
- la nature ou les conditions de l'exploitation rendent « impossibles » l'application de la rémunération proportionnelle, soit du fait que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle, soit du fait du caractère accessoire de l'œuvre dans l'objet exploité (4°).⁶

Ces exceptions se justifient par deux types de considérations :

- la première est liée à la nature de l'œuvre exploitée au sein de l'objet exploité ;
- la seconde est liée à la nature de l'exploitation de l'objet exploité.

L'intitulé du thème d'aujourd'hui, l'assiette de la rémunération des auteurs, en renvoyant à la notion d'assiette, pourrait permettre de circonscrire mon intervention à la question de la rémunération proportionnelle.

En effet peut-on parler d'assiette pour un forfait ?

Toutefois, l'article L 131 – 5 du CPI ouvrant des possibilités de révision du forfait lorsqu'il y a lésion et/ou imprévision, indique bien que cet examen doit se faire au regard des produits de l'œuvre. Par ailleurs, en pratique, le forfait est souvent fixé directement ou indirectement, en tenant compte des recettes d'exploitation.

Aussi, parler d'assiette à propos du forfait n'est pas un contresens juridique.

Les deux systèmes seront donc examinés.

⁶ Sur l'incohérence de cette liste, sur la genèse et l'analyse des quatre cas - cf. Desbois « Le droit d'auteur en France » - Dalloz – 1978 – n°568 et suivants.

Comment appliquer ces règles dans le cas de cessions de droits d'auteur pour des exploitations on line et off line ?

Une première comparaison entre les critères de la rémunération forfaitaire et les caractéristiques des produits multimédia révèle une similitude troublante.

Les services proposés sur Internet sont essentiellement gratuits pour l'internaute : il n'y aurait donc pas de « recettes », et pas de « base de calcul » (1°).

La quantité d'œuvres disponibles dans un espace numérique, par nature sans limitation, (ou pour le cas des supports aux grandes capacités) renvoie, en tout cas pour chaque œuvre prise isolément, au caractère accessoire de l'œuvre par rapport à l'objet exploité (par exemple une photographie dans un cédérom ou sur un site) ou à l'absence de caractère essentiel (4°).⁷

La dissémination de l'information, et la généralisation des micro paiements, spécifiques de l'internet, font penser indubitablement aux cas de forfait visés aux points 2° et 3° (absence de contrôle ou caractère disproportionné du coût du contrôle). Toutefois l'observation peut être contredite, les moyens techniques de paiement et de contrôle en cours d'élaboration permettant au contraire un suivi précis des œuvres et des sommes versées en contrepartie des autorisations d'exploiter.

Aussi, dans le multimédia, le forfait, exception dans le Code de la Propriété Intellectuelle, ne serait – il pas en train de devenir en pratique le principe⁸ (1.2).

C'est en tout cas la position avancée par un certain nombre de juristes, d'avocats et d'universitaires.

Toutefois, dans la réalité de la négociation entre les auteurs et leurs partenaires économiques directs (éditeurs, producteurs, entreprises de presse, etc.), l'application de la rémunération forfaitaire est essentiellement souhaitée par les partenaires, soit du fait objectif de sa simplicité « administrative », soit pour ne pas obérer le résultat d'exploitation par une charge supplémentaire, ce qui est déjà potentiellement en contradiction avec la volonté du législateur.

⁷ Sur l'aspect subjectif – et donc la difficulté - de l'appréciation du caractère « accessoire » ou non « essentiel » Cf l'excellent article de Jean Pascal MARRON – « Multimédia, contribution et rétribution des auteurs » – LEGICOM n°12 avril, mai et juin 1996. Et surtout l'une des pionnières Judith ANDRES – « Droits d'auteurs et droits voisins à l'épreuve des créations multimédia » - Thèse 1995 sous la direction de Monsieur le professeur Pierre SIRINELLI – page 700

⁸ Cf , avec toute la prudence requise : Frédérique ASSERAF – OLIVIER et Eric Barbry « Le Droit du Multimédia » Que Sais – je ? page 46. , Olivier ITEANU « Internet et le Droit » - page 114 ; - Judith ANDRES op cité page 699. – Michel Vivant « Lamy informatique et droit des réseaux » - cédérom janvier 2000 – n° 4025.

Ces purs motifs d'opportunité, quelque soient les valeurs que chacun leur accorde⁹, ne doivent pas être pris en compte au niveau d'une analyse juridique rigoureuse préalable à la rédaction de tout contrat.¹⁰

De plus, la rémunération proportionnelle étant le principe et le forfait l'exception, c'est à celui qui se prévaut de l'exception d'apporter la preuve de l'existence des critères permettant de recourir au forfait : vraisemblablement, cette charge pèsera sur le cessionnaire...

Aussi, au delà d'une analyse première, pour ne pas dire primaire, et avant d'envisager la transformation d'un principe légal en exception pratique¹¹, comme certains nous y invitent, un examen plus approfondi des conditions réelles économiques appliquées doit être effectué aux fins de voir, si il faut rejeter purement et simplement l'application de la rémunération proportionnelle dans le multimédia . (1.1).

Annonce du plan

Nous examinerons donc en premier lieu, la question de l'assiette de la rémunération proportionnelle.

En second lieu, celle du forfait.

Enfin, nous examinerons ce que l'on pourrait appeler les combinaisons de rémunérations, soit le cumul forfait et proportionnelle – puis le cumul entre droit d'auteur, salaire et / ou honoraires.

Limites du sujet

Dans le cadre du sujet ainsi délimité, nous n'analyserons pas en détail les **critères de choix** entre les deux types de rémunération, liés à l'application de la notion d'accessoire, ou du caractère non essentiel d'une contribution d'un objet exploité, critères souvent utilisés en pratique pour le recours au forfait.

De même, **la question du taux**, indissociable en pratique de l'assiette, ne sera pas abordée en tant que telle.

Nous souhaiterions simplement rappeler en introduction, les grandes lignes du régime applicables à la fixation du taux.

En droit d'auteur tout d'abord :

- le CPI ne fixe pas le taux et laisse aux parties le soin d'en débattre ;

⁹ Cf Diffusion sur internet : le point de vue de Stéphane Litli – Expertises juin 1998 – page 168.

¹⁰ Cf Lois, Contrats et usages du Multimédia – Pierre DEPREZ et Vincent FAUCHOUX – page 67

¹¹ Cf Jean Louis GOUTAL – « Multimédia et réseaux – l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur » - Dalloz 1997 – page 360.

- les juges contrôlent le taux : un taux dérisoire est considéré comme ne respectant pas le principe de la rémunération proportionnelle ;
- toutes les décisions existantes fixent le taux acceptable, pour l'ensemble des auteurs, dans une fourchette comprise entre 5 et 10 % ;
- - ce taux de 10 % correspond au taux moyen en usage dans toutes les industries culturelles : nous nous sommes amusés à rechercher l'origine du taux :

Ce taux serait issu, outre des pratiques de la SACD depuis 1777, d'une recommandation de la Cisac de 1937, soit : pour 100 % d'utilisation du répertoire, le taux est de 10 %.¹²

Par ailleurs, le droit de la concurrence est applicable aux sociétés de gestion collective : la fixation du taux peut alors être contrôlée par ce biais. Toutefois, il ne s'agit pas ici du taux de la rémunération proportionnelle de l'article L131-4, mais du taux des contrats généraux de représentation, visés à l'article L132-18 dont la rémunération a un caractère forfaitaire, puisqu' elle n'est pas liée à l'exploitation d'une œuvre déterminée, mais à l'exploitation d'un répertoire. Il ne doit donc pas y avoir de confusion sur ce point. Nous y reviendrons brièvement à propos de l'assiette.

¹² Sur la règle dite des dix pour cent dans le droit d'auteur, cf Eugen Marbach et Enrico Riva : " Avis du 19 juin 1989 sur le projet fédéral pour une nouvelle loi sur le droit d'auteur " cité dans " la gestion collective du droit d'auteur en Europe " ed° Bruylant, p 93

I - Le principe en droit et l'exception en pratique ? : la rémunération proportionnelle

I – 1 Les produits « off line »

A – Le principe : le prix payé par le public – contours et limites

La jurisprudence établie en matière d'édition de livres, de vidéocassettes,¹³ qui implique de retenir obligatoirement le prix public hors taxes, doit être appliquée aux supports « off line ».

L'article L 131 – 4 est en effet situé dans le CPI au chapitre I – dispositions générales du titre troisième ; exploitation des droits applicable donc quelque soit la nature de l'œuvre ou le type de contrat.

Le TGI de Paris dans sa décision, du 8 septembre 1998 dans l'affaire ARBORESCENCE, a d'ailleurs appliqué le principe aux cédéroms en demandant à l'expert de déterminer le prix public.

On sait que les praticiens et certains universitaires ont depuis plusieurs années indiqué que cette assiette était peu praticable, ne serait-ce que du fait de la contradiction avec l'interdiction faite au producteur et/ ou éditeur de fixer les prix de vente au public en application du droit économique et du droit de la concurrence¹⁴.

Il faut ajouter aussi que le texte même du CPI n'induisait pas cette solution.

En pratique, il est réellement impossible, pour un éditeur de produits multimédia, même de bonne foi et il en existe, de connaître exactement le prix de vente pratiqué.

Il connaît par contre le prix public conseillé, dont le montant est d'ailleurs précisé dans les contrats de distribution.

Aussi, si aucun contrat en pratique ne retient le prix public hors taxes, la référence au prix public conseillé est très fréquemment utilisé.

Compte tenu des réalités – brutales – des rapports entre éditeurs et distributeurs, le fait de retenir le prix public conseillé constitue un inconvénient majeur pour les éditeurs. En effet, avec les systèmes de

¹³ TGI Paris – 8 septembre 1998 – RIDA n°181 juillet 1999 – page 324 (demande d'expertise pour, notamment « préciser le prix de vente au public ») voir également CA Paris 18 janv 2000 Dalloz 20 avril 2000 p 203.

¹⁴ Et les professeurs de droit : cf. André LUCAS – Droit d'auteur et multimédia – mélanges *Françon* « on ne voit pas dans ces conditions comment faire autrement que de retenir le montant des recettes effectivement perçues par l'éditeur, même s'il en résulte une discrimination illogique avec l'édition de librairie » page 329 – du même auteur, l'article fondamental « L'assiette de la rémunération proportionnelle de par l'éditeur » - Dalloz 1992 – page 39.

retours, de ristournes, et de déferencement des prix, le prix public conseillé est rarement le prix réellement pratiqué d'une part, et d'autre part, le montant qui revient à l'éditeur sur ce prix public, peut varier de 50 à 60 %.

Du fait que l'éditeur est ainsi obligé de verser un pourcentage sur une assiette autre que celle qu'il encaisse, cela peut aboutir à une charge réelle très lourde, pouvant aller, pour un taux de 8 % sur un prix public, à un équivalent de 20 % sur le chiffre d'affaire éditeur.

Le concept qui soutient aussi la solution est que l'auteur n'a pas à supporter les charges d'exploitation.

Mais de quelles charges d'exploitation parlons nous ? Les charges de distribution peuvent – elles être considérées comme des charges d'exploitation pesant sur l'éditeur ?

Il nous semble donc que le chiffre d'affaire brut éditeur hors taxes, sans aucune autre déduction, devrait raisonnablement pouvoir être retenue : mais ce n'est pas la solution légale.

En pratique, il faut se méfier des déductions imprécises, comme l'illustre cette mésaventure survenue à un auteur d'art dramatique en 1774.

Venue chercher ses droits à la Comédie Française après que les représentations de sa pièce, dont les recettes avaient dépassé les 12000 livres, eut été achevées, il lui fut répondu : « *Vos droits, doivent être calculés sur la recette nette, après déductions des frais ordinaires et extraordinaires. Or d'après le mémoire que voici, vous pourrez constater que les frais de tous ordres, en particulier de galons, de broderies, de fournitures de décors, de marbre, de rubis et autre pierreries, l'ont emporté sur la recette. Sur la différence, vous nous devez donc votre part, soit 101 livres* ». ¹⁵

Toute autre déduction sur ce chiffre d'affaire éditeur brut, tel que frais de conditionnement, commission d'édition, frais de promotion et de marketing, sont elles par contre de « vraies » charges d'exploitation ?

Les sociétés d'auteurs elles – mêmes reconnaissent « de facto », cette impossibilité de retenir cette assiette du prix public, puisque tous leurs contrats, et notamment pour la vidéo, le phonogramme ou le cédérom ¹⁶, retiennent le chiffre d'affaire de l'éditeur, donc après déduction des coûts de distribution, et parfois même, déduction des frais de conditionnement, comme dans le cas du contrat BIEM / IFPI pour les phonogrammes.

¹⁵ Cf « auteur et comédiens au XVIIIème siècle » -Jacques BONCOMPAIN-éditions Librairie Académie Perrin-1976-page 112 «" L'insurgence" des auteurs dramatiques ».

¹⁶ Dans le cadre du contrat BIEM / IFPI – cf. Jursiclasseur PLA – avec les abattements non liés à l'exploitation de l'œuvre, notamment l'abattement dit « pochette ».

En toutes hypothèses, les règles relatives à la rémunération proportionnelle étant d'ordre public de protection, dont la sanction est la nullité relative, seuls les auteurs peuvent s'en prévaloir. Les éditeurs ne peuvent donc revendiquer, sur le fondement du droit d'auteur, l'application de ces pratiques. Sur le droit de la concurrence, il faut voir ... mais c'est un autre sujet.

Il faut noter que l'assiette du prix public doit être retenue, même si les usages dans un secteur sont contraires depuis des années.¹⁷

Le principe étant posé, il faut en saisir les limites, le régime, et les aménagements contractuels envisageables.

2 – Les limites

Limites de la jurisprudence

La TVA

Rappelons tout d'abord que la TVA n'a plus à être intégrée dans l'assiette depuis la décision de la Cour de Cassation du 16 juillet 1998.

Les exploitations à l'étranger

En premier lieu, à l'examen de la jurisprudence, il semble se dessiner une distinction entre l'exploitation en France et l'exploitation à l'étranger : l'assiette à l'étranger pouvant éventuellement être constituée par le chiffre d'affaire et non le prix public hors taxes, la Cour de Cassation indiquant que l'assiette doit être fonction du prix public, et non le prix public.

De plus, si les déductions opérées par exemple à titre de commission par les exploitants à l'étranger correspondent à des prestations effectives, ces déductions semblent pouvoir être admises.¹⁸

C'est un point important en pratique, puisque la plupart des éditeurs de produits « off line » ne distribuent pas eux-mêmes à l'étranger, mais concluent des contrats dits de licence, par lesquels c'est l'éditeur étranger qui prend à sa charge la duplication, le packaging du produit.

Dans ce cas, l'éditeur français perçoit une redevance assis sur le chiffre d'affaires de l'éditeur étranger, et/ou un minima, voire une rémunération forfaitaire.

Il n'est pas sur alors que ces recettes puissent être considérées comme conformes. Notamment, dans les cas de cession au forfait, il est impossible de connaître même le prix public conseillé. Mais dans ces cas, ne peut-on considérer que les moyens de contrôle font défaut ?

¹⁷ C. Cass 16 juillet 1998 – Légipresse n° 158 - janvier – février 1999 – page commentaires Patrick Tafforeau

¹⁸ Cf CA Paris 9 septembre 1998 – lecture « à contrario » - RIDA n° 179, janvier 1999 page 396.

Les produits « multi – supports » - l'éclatement du prix public

La Cour de Cassation a ouvert la possibilité d'une évolution intéressante, à propos des produits multi – supports¹⁹ : dans ce cas, les recettes à retenir, si elles peuvent être fractionnées objectivement, seront uniquement celles attribuables à la contribution de l'auteur. Encore faut – il pouvoir l'identifier ...

Perception sur l'exploitation et non sur le pressage

Il résulte aussi du texte de l'article L 131 – 4 du CPI, et de toutes les décisions précitées, que l'assiette doit être constituée par les recettes des pièces effectivement vendues, et non celles reproduites.

Rappelons par contre qu'aucune « franchise » n'est acceptable : la rémunération est due dès le premier exemplaire vendu, comme la jurisprudence a eu l'occasion de le rappeler à de multiples reprises.

Les modes de distribution sans prix public

Ce sont les cas des « bundles » et des « OEM » notamment.

Dans ce cas, il n'y a pas de prix public.

En pratique, on retient le chiffre d'affaire de l'éditeur dans les contrats.

Ne devrait-on pas alors pouvoir appliquer le forfait, du fait du caractère accessoire de l'œuvre dans l'objet exploité, c'est à dire l'ordinateur ?

Les aménagements contractuels

Le problème des suites et des exploitations partielles

Un problème pratique est lié à l'incorporation de la contribution de l'auteur au sein d'une œuvre de collaboration, ou d'une œuvre composite.

Dés lors que la contribution ne sera pas accessoire (ou sera essentielle), la rémunération est due. Doit-elle être calculée sur la totalité des recettes ? Dans l'affirmative, la reprise dans une nouvelle œuvre doit-elle entraîner l'application du pourcentage sur la totalité des recettes de cette nouvelle œuvre, ou sur la part attribuée à la contribution ou à la première œuvre dans l'œuvre seconde. Le point est important en pratique pour les

¹⁹ Cass Civ 15 juillet 1999 – Dalloz IR 1999 – page 217 « la part du prix public correspondant à sa seule contribution personnelle ».

cessionnaires des auteurs. Si l'auteur de l'œuvre première perçoit 4 %, et qu'à la quatrième version (par exemple d'un jeu « on line »), il perçoit le même taux sur la même assiette, et que les auteurs des trois versions suivantes perçoivent les mêmes taux sur la même assiette, l'addition est de 16 % pour le cessionnaire, ce qui, si l'on s'en réfère à la règle des dix pour cent en droit d'auteur, risque de rendre l'exploitation déficitaire par nature...

Doit-on jouer alors sur le taux – mais les tribunaux contrôlent le minimum acceptable – aux environs de 5 % à 10 % pour l'ensemble des auteurs - , ou sur l'assiette, en ne prévoyant de ne retenir qu'une partie des recettes pour la rémunération du premier apport, mais quid alors de l'obligation du prix public ?

Les parties tentent également d'aménager la difficulté liée à l'obligation du prix public hors taxes.

Certaines clauses ont fait leur apparition, depuis plusieurs années : les parties choisissent délibérément une autre assiette, le plus souvent le chiffre d'affaire éditeur, tout en prévoyant les possibilités d'une révision en cas de contentieux, mais en en prévoyant les conséquences :

- pas d'annulation du contrat .
- diminution du taux pour parvenir à un résultat économique équivalent.

Parfois même, les parties indiquent que l'auteur a été informé de la jurisprudence, que celle ci n'est pas applicable en pratique, et que les parties en ont tenu compte dans la fixation du taux.

« Pour le cas où l'assiette retenue serait considérée comme ne respectant pas les dispositions légales, notamment du Code de la Propriété Intellectuelle, par une décision de la Cour de Cassation ou par un texte ayant force de loi, les parties conviennent de substituer pour l'avenir l'assiette qui sera retenue comme légale, en modifiant le taux de rémunération défini à l'article 1.4 du présent contrat selon des proportions qui seront fixées afin que l'équilibre économique défini par les présentes en pleine connaissance de cause par les parties reste identique.

Les parties conviennent que les comptes d'ores et déjà remis sur la base de l'ancienne assiette ne seront pas remis en cause, et auront rémunéré équitablement le Contractant. Les parties conviennent expressément que la modification éventuelle de l'assiette ne peut en aucun cas constituer un motif de résiliation ou d'annulation du contrat, mais uniquement une redéfinition du taux. »

Pour ce concerne les suites, les parties peuvent aussi essayer de prévoir la part qui revient à l'œuvre ou à la contribution d'origine.

Voilà alors le type de clause que propose la pratique :

« Par ailleurs, pour toutes exploitations partielles des Contributions, le Cessionnaire peut déterminer la part des droits portant sur les Contributions par rapport aux recettes générées par un prorata appliqué à l'assiette de rémunération définie. Ce prorata est communiqué à l'Auteur lorsque les comptes annuels lui sont remis. »

Les parties, ici tentent ensuite de prévenir les risques liés à cette clause, risques supportés par le cessionnaire.

« Toutefois, en cas de désaccord sur le Prorata et recherche infructueuse d'un accord amiable, le Cessionnaire peut maintenir le prorata sous sa responsabilité, le Cocontractant pouvant saisir les tribunaux pour que soit déterminé par le juge le prorata, sans que cela ne remette en cause l'exploitation et la cession des droits, le litige étant limité à la détermination de l'assiette de la rémunération proportionnelle. »

Toutes ces constructions n'ont pas été validées par les juges à ce jour.

Toutefois, l'important étant d'interpréter la volonté des parties, il n'est pas inutile de prévoir une information systématique de l'auteur. Rappelons qu'en droit d'auteur, de nombreuses dispositions du CPI ont été introduites dans le but d'informer l'auteur des conséquences des actes qu'il signe (contrat d'adaptation audiovisuelle distinct du contrat d'édition). Rappeler les droits de l'auteur dans le contrat correspond à cet objectif de protection et ne peut que renforcer le contrat.

Dernière limite à la portée « brutale » de la règle du prix public : la sanction du défaut d'assiette

Avant, les juges prononçaient l'annulation du contrat de cession, ce qui entraînait l'annulation de tous les contrats subséquents, avec les conséquences que l'on peut imaginer sur les relations commerciales entre l'éditeur et ses partenaires.

La Cour de Cassation a depuis jugé que le défaut d'assiette légale devait être rectifié pour l'avenir, que le passé devait être couvert par l'allocation de dommages et intérêts, sans pour autant nécessairement entraîner l'annulation du contrat...²⁰

Les Cours d'Appel et les Tribunaux de Grande Instance n'hésitent plus ainsi à « refaire » le contrat, en fixant les taux et assiettes devant être retenus.

La solution, quoi que l'on puisse en penser sur le plan de la théorie des contrats, a le mérite du pragmatisme, l'éditeur conservant les droits, mais en paie le juste prix.

²⁰ Cass Civ 1ère – 9 janvier 1996 – RIDA n°169 – page 331

1.2 – les produits « on line »

Pour les produits « on line », la « gratuité » n'est pas (plus) de l'essence du réseau. L'arrivée de l'internet marchand a bouleversé les équilibres, et, si l'internaute paie encore rarement le service qui lui est offert, d'autres flux financiers se sont mis en place...

Il est donc normal que les auteurs soient rémunérés, même si le site est gratuit pour l'internaute, puisqu' il y a bien exploitation de leurs œuvres.

A ce sujet, il est intéressant de s'interroger, en amont de l'examen des différentes recettes sur le net, sur le fait générateur de la créance de l'auteur à l'égard du cessionnaire.

Cette question a d'ailleurs son intérêt également pour les produits « off line », ou encore sur la combinaison entre droits d'auteurs, salaires, et / ou honoraires, mais il nous semble que la question du fait générateur revêt une importance particulière sur Internet, où les modes traditionnels de financement et de déterminations des « plus values », sont sérieusement mises à mal.

A - Le fait générateur : l'exploitation ou la vente de l'œuvre

L'article L 131 – 4 indique que les recettes sont celles provenant de la vente ou de l'exploitation de l'œuvre.²¹

Le fait générateur de l'obligation est alors constitué par l'exploitation ou la vente de l'œuvre, et la perception des recettes qui découle de cette exploitation et de cette vente.

L'application de la nécessité d'une « cause » dans les contrats²², en vertu du droit commun des obligations signifie que l'auteur peut demander une rémunération au titre des recettes dès lors que celles-ci ont un lien direct avec la cause du contrat, ou l'exploitation de l'œuvre.

Cette nécessité d'un lien direct et d'un équilibre entre le prix demandé et la prestation fournie se retrouve également sous l'angle du droit de la concurrence, français ou communautaire.

²¹ D'autres articles du CPI ayant trait à la rémunération proportionnelle retiennent aussi la notion d'exploitation ou de produit de l'œuvre : cf. articles L 132 – 28 – L 332 – 1 ; L 132 - 5 – le lien est toujours établi. Sur la terminologie de la détermination de l'assiette de la rémunération proportionnelle – voir plus particulièrement Yves GAUBIAC – « l'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur » - Mélanges en l'honneur d'André FRANCON – Dalloz 1995 – page 165.

²² Cf la « bible » des rédacteurs de contrats : « Technique Contractuelle » - Jean Marc Mousseron – Editions Francis Lefebvre – 2ème édition – n° 281 et suivants.

Cette limitation naturelle de la qualification de rémunération de droit d'auteur, est appliquée en amont : en matière d'œuvre de commande, l'administration fiscale distingue clairement la prestation de la cession.²³

Dans le cadre du salariat, l'auteur devrait en principe recevoir deux rémunérations distinctes, ayant deux causes : l'exécution du travail, puis l'exploitation de son travail.²⁴

La somme perçue en contrepartie de la vente d'un tableau, indépendamment de la cession des droits y afférents, ne peut être qualifiée de recette donnant prise au droit d'auteur.²⁵

La mise à disposition d'appareils de réception de radio par un hôtelier à ses clients a été qualifiée de location, et non de « représentation », la cause du paiement étant la location, et ne donnant pas vocation à l'auteur à percevoir à ce titre .²⁶

Cette distinction a été utilisée par les juges pour refuser la confiscation du matériel spécialement installé en vue de la réalisation du délit de contrefaçon, lorsque le dit matériel peut être utilisé à d'autres fins que celles illicites.²⁷

Sur la base de l'article L 131 – 4 , il est donc clair que seules les recettes directement issues de l'exploitation doivent être intégrées dans l'assiette de la rémunération de l'auteur.

Comment analyser alors les recettes générées sur l'internet, au regard de ces principes ?

B Les différentes recettes des sites

Le prix payé par le public

Dés lors que l'internaute peut avoir « accès » à une œuvre, et paye un prix déterminé, il semble évident que l'assiette de la rémunération de l'auteur doit être constituée par ce prix. C'est le cas pour la « mise à la disposition » en ligne d'ouvrages littéraires²⁸, ou encore pour le téléchargement de fichiers MP3 ou les jeux « on line ».

²³ Instruction administrative du 9 octobre 1991 relative à la TVA des auteurs

²⁴ Cf. Lucas page 434 - Louis de Gaulle « La notion de redevance en droit français » - RIDA n°167 janvier 1996 – page 75

²⁵ Cf. Louis de Gaulle – op cité - page 73

²⁶ Cf. TGI Paris 22 mars 1961 – CA Paris – 20 juin 1962 – et Desbois page 341 du Traité ; solution toujours valable car le raisonnement est indépendant de la question de la qualification de la diffusion au sein des chambres d'hôtel – A rapprocher de Cour suprême des USA 17.1.1984, Sony Cor. Of America, / Universal City Studio – à propos de la soumission au droit d'auteur de la vente de magnétoscopes.

²⁷ Trib civ de la Seine 13 juillet 1948 ; 15 février 1984

²⁸ Cf. le site précurseur www.oohoo.com

La première question est de savoir si la jurisprudence établie en matière d'édition de livres, de vidéocassettes, ou de cédérom²⁹, qui implique de retenir obligatoirement le prix public hors taxes, doit être appliquée.

Nous ne voyons pas pour quelles raisons celle-ci ne serait pas applicable dès lors que le prix correspond à la « fourniture » d'une œuvre déterminée.

Ainsi, pour les sites internet et les téléchargements de fichiers MP3 payants, SESAM propose aujourd'hui de retenir le prix public hors taxes, sans doute du fait de la disparition (provisoire ?) du « distributeur », et de la possibilité de contrôle informatique de la remontée des recettes.³⁰

Par contre, le fait que l'internaute paye un prix forfaitaire, une durée de connexion (jeu on line) ou même un volume d'octets, ne devrait pas modifier l'analyse dès lors que le lien est établi.

De même, pour le WAP, si la consultation de l'œuvre est effectuée moyennant un prix déterminée, soit une durée de connexion, le prix devrait être celui payé par le wappeur (terme inconnu jusqu'à ce jour mais que je vous propose pour désigner les utilisateurs du wap, quelques soient les risques que je prend au regard de la loi Toubon), avant déduction des commissions de l'opérateur.

Signalons toutefois, que dès lors que le public paie pour avoir accès à un service plus global, dans lequel il peut choisir les œuvres qu'il consulte, le lien entre la recette liée à une œuvre et le prix devient plus distant, et que le forfait devrait dans ce cas pouvoir être appliqué.

- Les recettes publicitaires

Ce sont celles dont tout le monde de l'Internet parle...et les auteurs, naturellement, aussi. Il est tentant pour ces derniers, face à la gratuité du contenu pour l'internaute, de demander alors à percevoir une rémunération sur les recettes provenant de la publicité.

Pourtant, la « cause » du versement du prix par l'annonceur, n'est pas constituée par l'autorisation d'exploiter, mais par la « location » d'espace sur le site. Il semble donc difficile, sur la base de l'article L 131 – 4 du CPI, de considérer que les recettes publicitaires constituent des recettes d'exploitation de l'œuvre. Le raisonnement inverse pourrait être soutenu si la publicité était uniquement générée par l'exploitation d'une œuvre déterminée : le lien serait alors direct entre l'exploitation et la recette, l'œuvre et l'espace de la publicité ne faisant plus qu'un.

²⁹ TGI Paris – 8 septembre 1998 – RIDA n°181 juillet 1989 – page 324 (demande d'expertise pour, notamment « préciser le prix de vente au public »)

³⁰ Cf l'argument, pour la vidéo, présenté par Marie MOSSER et Karine RIAHI – « L'exploitation vidéo d'une œuvre : quelle rémunération pour l'auteur » - Légipresse n°134 - septembre 1996 - page 108

Il faut tout de suite préciser que cette exclusion ne joue que sur le fondement de la rémunération proportionnelle, et non sur le fondement de la rémunération forfaitaire dans le cadre des contrats généraux de représentation conclus par les sociétés de gestion collective.

- Les recettes d'affiliation

Les recettes d'affiliation sont celles versées par un site marchand à un autre site qui a accepté, moyennant une commission sur les ventes réalisées via le site marchand, d'insérer un lien hypertexte sur le site marchand. Ce contrat doit être qualifié de contrat de courtage.

Plus encore que pour les recettes publicitaires, le lien entre le paiement effectué sur le site pointé ou ciblé, et l'exploitation de l'œuvre sur le site pointeur, devient tellement ténu que l'insertion de ces recettes dans un contrat de cession de droit d'auteur tient plus de l'habileté du négociateur, et du droit commun des contrats (mais attention à la cause), que de l'application du droit d'auteur.

- Les « échanges » entre sites

Le contrat de « partenariat » entre sites est certainement le contrat le plus usité aujourd'hui. Les sites à très forte audience et notoriété cherchent les contenus susceptibles de séduire leurs internautes, le trafic étant à la mesure des tarifs et des montants des recettes publicitaires, et les sites de contenus cherchent à être « identifiés » à tout prix par l'internaute : cet accès est une valeur des plus recherchées sur le net : la difficulté n'est plus d'être (ouvrir un site) mais d'être perçu par les internautes.³¹

Dans une première phase, ces échanges consistaient en de simples renvois d'un site à l'autre par des boutons. Chaque contenu restait alors sur son site d'origine.

Dans ce cas, et sauf position visant à interpréter le simple lien hyper texte comme une « utilisation » donnant prise au droit d'auteur³², il n'y avait pas d'exploitation sur le site du portail.

Aujourd'hui, les sites « portail » demandent aux sites de contenu de leur fournir une partie du contenu de leur site, en l'adaptant éventuellement au site d'accueil. Dans ce cas, il y a « livraison » du support d'une œuvre, et reproduction et communication au public de l'œuvre, sur le site portail. Il y a donc bien exploitation de l'œuvre sur le site du partenaire.

³¹ D'où la vague extraordinaire des affiches dans la rue, des spots de pub, des calicots sur les taxis, des pubs au cinéma pour les .com et .fr. La publicité est l'un des premiers postes d'affectations des fonds levés par les « jeunes pousses ». cf. <http://www.startuptv.com> : article « La pub sur Internet, c'est dépenser plus sans créer plus » - Yann Kalkowski – avec les tableaux des investissements.

³² Position défendue de plus en plus souvent, avec toutes les conséquences « périlleuses » que cela emporte.cf Courrier International "Sur le Net,les liens ne sont pas toujours bienvenus" n°477 du 23 au 29 décembre 1999 p.7 .

Ces échanges sont présentés comme « gratuits ». Sur le plan commercial, peut-être ; sur le plan juridique, et surtout fiscal certainement pas. La fourniture d'un service d'un site à l'autre doit être facturée, enregistrée en comptabilité et donnée lieu au paiement de la TVA ...

Au regard du droit d'auteur, la fourniture d'un contenu protégé permettant au site portail d'exploiter ce contenu accompagné d'une facture constatant la valeur donnée à ce contenu constitue bien une recette d'exploitation, qui doit être intégrée dans l'assiette de la rémunération de l'auteur.

Mais la pratique est plus subtile, et le contrat comporte souvent différentes obligations de part et d'autre, dont une partie seulement concerne le contenu fourni... : échanges de bannières, échanges de logos, création d'un portail co-brandé, etc. ³³Comment alors distinguer la part de la valorisation qui correspond à la fourniture de l'œuvre ? Et s'il n'est pas possible de distinguer, ne peut – on, ou ne doit – on pas, prévoir alors une rémunération forfaitaire ?

– Les autres flux financiers

Que nous réservent les futurs « business model » ? Où se créera la valeur ajoutée ? Aux recettes et flux déjà présentés, somme toute déjà existantes dans le monde « réel », faut-il ou faudra-t-il intégrer d'autres flux dans l'analyse de la « recette » générée par l'exploitation de l'œuvre ?

En premier lieu, quid du capital et de la valorisation boursière ? Serait – il totalement aberrant d'intégrer ses données dans une réflexion sur les rémunérations des auteurs, si c'est là que se dégage la « valeur » de l'entreprise ?

De nombreux praticiens en ont émis l'idée, et la solution plait aux entrepreneurs à la fois auteurs et actionnaires : une rémunération sous forme de stock options ?

Les entreprises de presse ont également émis l'idée pour leurs journalistes salariés, mais pour des motifs certainement différents : Intéressement et participation des salariés = rémunération proportionnelle – le pas est franchi dans « le livre blanc » du Syndicat de la Presse Magazine et d'Information (SPMI) – « La presse française sera-t-elle sur internet pour une défense de l'œuvre collective? » de juin 1998.

Il est en tout cas certain que le lien entre la recette et l'œuvre devient alors quasi inexistant, sauf à considérer une entreprise qui n'aurait pour l'objet que d'exploiter une seule œuvre (un seul site ?).

³³ Cf. sur les problèmes de qualification du contrat, l'article remarquable de Fan Roskis « Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire » - Dalloz 1999 page 443

Et quid des modèles nouveaux, comme par exemple de la revente de « clientèle » auprès des tiers³⁴, auxquels nous préparons nos jeunes pousses ?

Il est donc clair que l'on ne peut plus, et on ne pourra pas écarter la rémunération proportionnelle par une simple pétition de principe sur la « gratuité » de l'internet, et que le juriste doit y regarder de plus près au cas par cas.

Il n'en reste pas moins que le forfait pourra s'appliquer dans de nombreux cas. Comment en fixer les modalités dans le contrat ?

³⁴ Cf « Internauts à vendre » - libération 1^{er} et 2 avril 2000, page 29

2. L'exception en droit et le principe en pratique : la rémunération forfaitaire

Si le cessionnaire a démontré que la rémunération proportionnelle ne pouvait être appliquée, soit pour des raisons externes au droit d'auteur (les recettes ne sont pas non causées par l'exploitation de l'œuvre – mais il y a bien exploitation de l'œuvre), soit pour des raisons internes (les critères de la rémunération forfaitaire sont remplis), le recours au forfait est possible : comment doit-il être fixé en droit et en pratique sur Internet ?

Une première limite découlera en droit de l'article L 131 – 3 : il permet à l'auteur de demander une révision du prix en cas de lésion ou de prévision insuffisante des produits (2.1.)..

En fait, et cela permet aussi d'éviter le risque de révision, rien n'interdira – et c'est même la pratique – de prévoir une rémunération forfaitaire mais dont le montant dépendra de la réalité de l'exploitation de l'œuvre et/ou du site (2.2).

2.1 La révision des conditions de prix du contrat de l'article L131-5 du CPI

Cette possibilité ouverte à l'auteur de demander la révision semble être une bonne opportunité de rétablir l'équilibre entre les parties sans porter atteinte à la sécurité juridique : il s'agit bien juste d'une révision judiciaire du contrat.

Dans la pratique, cette disposition est assez peu usitée, et la jurisprudence reste encore rare sur son application.

La difficulté pratique réside notamment dans le fait que la lésion devrait s'apprécier au moment de la signature du contrat, instant où, par définition s'agissant d'une œuvre de l'esprit, il est difficile de prévoir les résultats de l'exploitation.

Cependant, les juges ont parfois déduit la lésion du montant du produit qui aurait pu revenir à l'auteur s'il avait perçu une rémunération proportionnelle.³⁵

Beau paradoxe, car s'il est possible de calculer ce produit, c'est qu'il devait être envisageable de stipuler une rémunération proportionnelle...³⁶

Ajoutons encore que le texte indique bien que l'imprévision ou la lésion s'apprécie en fonction des « produits de l'œuvre », ce qui renvoie à la notion de recettes d'exploitation : un lien existe donc entre forfait et recettes.

Notons également que, si la lésion s'apprécie à la date de signature du contrat, l'imprévision peut, d'après certaines décisions, s'apprécier à la date où les recettes sont connues... ce qui signifie aussi que le départ de la prescription de l'action en nullité partirait non de la date de la signature, mais de la date de la connaissance de la prévision insuffisante.

Mais il semble bien qu'en tout état de cause « *il n'est pas arbitraire d'exprimer quelque scepticisme sur l'efficacité de l'action en révision et de prévoir que les intéressés hésiteront à s'y engager. A la vérité, le meilleur moyen d'éviter cet aléa est, semble-t-il, d'aménager par une stipulation appropriée la révision du forfait...* »³⁷

Et puis, l'action n'interviendra de toute façon qu'au cours de l'exécution du contrat, ce qui n'aide donc pas le rédacteur du contrat.

³⁵ TGI Nanterre – 6 avril 1994 RIDA janvier 1995, confirmée par CA Versailles, 23 mai 1996 RIDA n° 170 octobre 1996 page 290

³⁶ Les juges prennent souvent en compte d'autres éléments postérieurs à la signature du contrat – Cf. Pierre Yves Gautier « le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques » Dalloz Chronique 1990 page 131.

³⁷ Desbois – Le droit d'auteur en France – page 693

Devant ces incertitudes, le contrat au forfait peut prévoir que :

« le montant de la rémunération forfaitaire a été déterminé en prévision d'une exploitation massive et mondiale de l'œuvre ».

2.2 Les modes de fixation du forfait

En pratique, l'auteur (ou son ayant droit) cherchera, dans le cadre du forfait, à déterminer un montant ou des modalités permettant de tenir compte de la réalité de l'exploitation de sa contribution. Mais à l'imprévision des recettes inhérente à toute exploitation d'œuvre, s'ajoute sur Internet l'incertitude du média, personne ne pouvant prévoir ce que seront les modèles économiques dans un ou deux ans...

Le premier système efficace sera alors de ne délivrer l'autorisation que pour une courte période, ou de prévoir un reversement systématique par périodes : x francs forfaitaires pour six mois d'exploitation sur le site.³⁸

Ce premier système peut être agrémenté d'une clause prévoyant une augmentation du prix forfaitaire en fonction du nombre de pages vues sur une période donnée.

Et qui dit forfait ne dit pas calcul forfaitaire.

Les premiers contrats signés par SESAM fournissent des exemples intéressants de « nouvelles assiettes ». réintégrant des critères liés à l'exploitation, non pas de l'œuvre, mais du site en son entier, et prévoyant notamment de prendre en compte les recettes publicitaires.

Ainsi, dans le contrat conclu pour les sites MP3, SESAM prend le soin de préciser que les tarifs sont fixés en tenant compte du fait que *« Toutefois, dans une phase de démarrage, le [site] ne réalisera pas de recettes, notamment publicitaires, significatives. Les conditions contractuelles des présentes ont donc été mises en place en conséquence »*. Il ne faut pas être devin pour prévoir ce qu'il en sera des recettes publicitaires après la phase de démarrage.

Dans l'accord VNU / SESAM, le pas est d'ailleurs franchi. L'assiette de droit d'auteur est constitué, non par les recettes, mais par le « potentiel commercial », nouvelle notion qui panache le montant des tarifs publicitaires (CPM) avec le nombre de pages vues comportant les œuvres objet de l'accord devant être rémunérées. (ou toute page comportant « majoritairement de telles œuvres »).

³⁸ Voir tarifs et conditions SESAM par exemple : http://www.sesam.org/producteurs/index_tarifs.html, et plus particulièrement les conditions d'autorisation de l'ADAGP pour internet – 6 mois ou 1 an – « *compte tenu du caractère fortement évolutif de ce type d'exploitation* ». Cf aussi les tarifs proposés par la nouvelle société d'auteurs des photographes – la Société des Auteurs de l'Image Fixe – la SAIF – et par l'Union des Photographes Créateurs, l'UPC.

La perception sur les recettes publicitaires dans le cadre d'un forfait est usitée depuis des décennies par les sociétés de gestion collective auprès des chaînes de télévision, système basé sur le versement d'un pourcentage sur les recettes des chaînes quelque soit l'utilisation réelle des œuvres.

Ce système de rémunération est basé sur le forfait (article L 131 – 4 alinéa 2 du CPI), mais aussi sur le régime prétorien élaboré sur la base du contrat général de représentation de l'article L 132 – 18 du CPI.

C'est un point important, et qui peut apparaître paradoxal : si l'auteur ne peut exiger, sur le fondement de la rémunération proportionnelle, que les recettes non liées directement à l'exploitation des œuvre soient incluses dans l'assiette, comment pourrait - il le faire dans le cadre du forfait ?

C'est sur cette argumentation que les discothèques, en leur temps, contestaient (entre autres ...) l'inclusion des recettes de consommation et de la TVA dans l'assiette du contrat général proposé par la SACEM.

Par deux arrêts en date du 16 avril 1985, la Cour de Cassation a clairement affirmé que « *les conditions – de type forfaitaire - ...peuvent consister ... en une redevance calculée... sur le montant, y compris la TVA, de prestations étrangères à la diffusion des œuvres du répertoire considéré* ».

La solution a été approuvée dès lors qu'il existe un « *lien étroit entre les recettes ... et la diffusion d'œuvres* », et qu'il y a une « *impossibilité pratique de déterminer ce qui, dans les recettes d'une discothèque, provient de l'exploitation de la musique ou d'autres éléments* ». ³⁹

Il est vrai que ces arrêts ont surtout été rendus sous l'angle du droit de la concurrence appliqué au droit d'auteur, dont les impératifs et les règles qui en découlent ne sont pas exactement les mêmes qu'en droit d'auteur « orthodoxe ».

Ces éléments donnent toutefois des indications intéressantes pour la détermination du forfait dans le cadre de l'internet : inclure les recettes publicitaires ou les recettes de « partenariat » dans le cadre d'un forfait apparaît alors possible. ⁴⁰.

³⁹ Thierry DESURMONT - « La SACEM et le droit de la concurrence » - RIDA n° 140 – avril 1989 – page 165.

⁴⁰ L'article L 132 – 5 sur la révision du forfait renvoyant cependant à la notion de « produits de l'œuvre » pour apprécier l'imprévision, ce qui exclurait les autres « produits » ?

La question de la détermination du « prix » de la cession du droit d'auteur lors de l'exploitation sur l'internet est donc encore ouverte et les négociateurs peuvent s'en donner à cœur joie, tout en respectant les rigueurs de l'analyse théorique, l'un étant d'ailleurs au service de l'autre.

De cette spécificité, les parties tiendront compte en prévoyant des clauses de rendez – vous, permettant d'adapter le contrat.

Ainsi, dans le contrat SESAM, est – il indiqué avec sagesse :

« Il est expressément entendu que la présente autorisation revêt un caractère purement expérimental et provisoire, dont les conditions... ne sauraient constituer un précédent pour tout nouvel accord susceptible de remplacer celui-ci une fois que les parties auront une meilleure connaissance des exploitations concernées sur Internet et des conséquences de celles-ci ».

3 – La cohérence des différents systèmes de rémunération

3.1 Le « cumul » du forfait et de la rémunération proportionnelle

Il est possible qu'une œuvre fasse l'objet de plusieurs exploitations : pour certaines, il n'y a pas de recettes, pour d'autres oui.

Le contrat doit alors prévoir une rémunération distincte pour chaque type d'exploitation.

C'est ce que prévoit de nombreux contrats pour l'exploitation de créations sur les sites web : une rémunération forfaitaire couvre les exploitations pour les sites gratuits, et une autre pour les exploitations séparées qui peuvent donner lieu à recettes.

Dans cette ordre d'idée, lorsque le recours au forfait est justifié par le caractère accessoire de la contribution dans l'objet exploité, il est prudent pour le cessionnaire de prévoir une clause avec une rémunération proportionnelle pour les exploitations séparées de la contribution, qui sera le seul objet exploité (exemple, personnage secondaire dans un jeu vidéo exploité sous forme de figurine). A défaut, le recours au forfait en sera plus légalement justifié.

Signalons enfin la pratique de SESAM, qui demande une rémunération proportionnelle assortie de minima. Si le produit du pourcentage est inférieur à un minima, le minima est du.

Ce système me paraît peu conforme au principe de la rémunération proportionnelle, qui implique que l'auteur soit associé au succès de son œuvre, mais aussi à son échec. Si l'éditeur est obligé de vendre le produit à un prix faible pour qu'il continue à être accepté par les distributeurs, pourquoi devrait-il payer sur une base plus élevée que la réalité économique. Disons le clairement : c'est vouloir le beurre et l'argent du beurre. C'est de bonne négociation, mais cela dissuade aussi certains exploitants – même de bonne foi, et il en existe - de recourir aux auteurs membres de la SACEM. Surtout quand les minima sont très élevés, comme c'est le cas actuellement pour le téléchargement – gratuit ou payant - de fichiers MP3 : 1 francs 31 par œuvre, alors que le minima dans le monde physique est de 16 centimes par œuvre.

3.2 Droit d'auteur, salaire, et honoraires

Pour tenter un tour complet du vaste monde de la rémunération des auteurs, signalons le cas d'une obligation du panachage entre salaire et rémunération proportionnelle, dans le cas des auteurs journalistes salariés, le salaire couvrant la première « publication », les exploitations ultérieures devant donner lieu à une rémunération complémentaire.

Cette rémunération complémentaire peut prendre la forme d'un simple forfait, ou d'un forfait éventuellement calculé « proportionnellement »⁴¹, ou d'une rémunération proportionnelle, ou encore, ce qui paraît déjà plus problématique, la forme d'un « complément de salaire ».⁴²

Pour finir, il faut mentionner le cas délicat de la coexistence entre salaire et droit d'auteur. Le salaire peut-il être la contrepartie de la cession des droits d'auteurs?

Signalons en premier lieu que le cas ne peut se présenter que dans les hypothèses où le forfait est possible.

D'après la théorie générale des obligations, la réponse devrait être négative : à chaque contrat sa cause, et à chaque cause son autre cause, s'agissant d'un contrat synallagmatique : soit une rémunération pour chaque « cause » !

Toutefois, dans un arrêt en date du 27 janvier 1993 la Cour de Cassation a admis que le salaire peut intégrer la rémunération forfaitaire, si le contrat l'indique expressément.

⁴¹ Cf accord belge « le soir » ; la convention SESAM VNU précitée, accord DNA, accord le Monde

⁴² Accord SNJ / Courier de l'Ouest, mais datant du 30 septembre 1997

Cette possibilité devrait donc être ouverte, sous réserve que le salaire ne soit pas fixé au montant du SMIG, et qu'il ait bien été fixé en considération d'une exploitation.

En toute fin, signalons aussi la cohérence entre le système d'avance et la rémunération au pourcentage, qui n'est pas toujours évidente à assurer dans les contrats.

En conclusion, deux points complémentaires

- identification du débiteur de la rémunération

Un point n'a pas été directement traité dans cet exposé, c'est celui du débiteur de la rémunération.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 16 juillet 1998 indique clairement que « *le cessionnaire du droit de reproduction de l'œuvre, est tenu, comme le producteur, au paiement légal de la rémunération légale de l'auteur* ».

Cet arrêt devrait faire réfléchir les éditeurs de produits multimédia, qui, faisant appel à des sociétés prestataires pour la création du contenu, leur demande une cession de tous les droits en contrepartie du prix de la prestation.

- importance du contrat

Nous nous apercevons que, dans la rédaction des contrats de cession de droits, le rédacteur doit donc faire du sur mesure, et non du prêt à porter, basé sur une connaissance des circuits réels de commercialisation, et des dispositions du CPI.

Et, en attendant que le CPI soit éventuellement modifié, c'est aux rédacteurs de peaufiner leur plume, dans le respect du cadre existant, « de lege lata », et non de jouer au législateur en créant de toutes pièces des contrats « de lege feranda ».

Gilles VERCKEN

18 avril 2 000