

Réponse du groupe français au questionnaire pour le congrès de l'ALAI 2015 à Bonn

La rémunération de l'utilisation des œuvres

Exclusivité c. autres approches

Les réponses au questionnaire ont été établies par :

Tristan Azzi, professeur à l'université Paris-I (Partie B)
Nicolas Binctin, professeur à l'université de Poitiers (Parties A & D)
Anne-Charlotte Jeancard, Directeur des affaires juridiques et internationales ADAMI (Partie E)
Florence-Marie Piriou, Secrétaire Générale de la SOFIA (Partie C)
Virginie Tabary, Avocate (cabinet Gilles Vercken) (Partie E)
Gilles Vercken, avocat (Cabinet Gilles Vercken) (Partie E)

A. Questions quant à l'étendue et à la mise en œuvre des droits exclusifs en droit positif

Réponses françaises établies par **Nicolas Binctin**, professeur à l'université de Poitiers

Dans beaucoup de domaines, les droits exclusifs peuvent être exercés et mis en œuvre en relation avec les utilisateurs soit sur la base de contrats de licence, soit en cas de contrefaçon sur la base de règles et de mécanismes de mise en œuvre judiciaire. Cependant, en particulier dans l'environnement d'internet, il peut être difficile d'identifier les utilisateurs, possiblement anonymes, si bien que d'abord la conclusion d'un contrat de licence est impossible, mais aussi la poursuite des contrefacteurs est rendue ardue. Le premier groupe de questions se penche sur ces problèmes. Puisque la plupart des problèmes surviennent dans l'environnement numérique, ces questions se concentrent sur ce domaine.

1. Comment les actes suivants sont-ils couverts par le droit d'auteur dans votre pays (selon la loi et la jurisprudence) ?

i **Offre d'hyperliens à des œuvres.** On doit appliquer en France les solutions issues de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (arrêt Svensson notamment¹). Ainsi, un lien hypertexte qui ne contourne aucun mécanisme technique de restriction à l'accès à un contenu et qui permet simplement de renvoyer vers des contenus libre d'accès en ligne peut être librement établi, sans contrôle par le titulaire du droit d'auteur. On peut penser qu'un site Internet qui ne serait constitué que de liens vers un autre site Internet pourrait constituer une extraction quantitativement substantielle d'une base de données, ce qui pourrait constituer une base pour une action en justice pour contrefaçon. Avant cette interprétation de la CJUE, on peut relever que la jurisprudence française était plus nuancée. La Cour de cassation s'était penchée sur un service de la société *Google*, envisageant la responsabilité attachée à la mise à disposition d'hyperliens. La Cour avait suivi l'analyse d'une cour d'appel et retenu la responsabilité de la société *Google* qui offrait aux internautes la possibilité, à partir des liens vers les autres sites, de visionner le film sur leur propre site *Google Vidéo France*. On pouvait déduire de ces éléments que *Google* mettait en œuvre une fonction active permettant de s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients. *Google* reproduisait le film en cause sur le site *Google Vidéo France*, sans autorisation des titulaires des droits sur ce film, ce qui caractérisait une contrefaçon. La cour précise que *Google* allait au-delà de la mise en œuvre d'une simple fonctionnalité technique, sans avoir à rechercher l'existence de faits insusceptible d'exclure l'imputation à *Google* des actes de représentation illicite².

ii **Offre de *deep links* à des œuvres.** De la même façon, il est nécessaire d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE. Les liens profonds qui contournent des mécanismes de restriction d'accès au contenu mis en ligne ne peuvent être établis qu'avec l'autorisation des titulaires des droits.

iii ***Framing/embedding* d'œuvres.** Cette solution technique qui a uniquement un effet visuel différent des solutions issues des liens hypertextes est susceptible de créer une confusion dans l'esprit de l'utilisateur qui a le sentiment de rester dans le site d'origine (titres, logos, menus, url identiques) alors qu'en réalité il consulte des informations relevant d'un site tiers. Pour autant, la CJUE affirme que « *le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, soit insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la "transclusion" ou "framing" ne peut pas être qualifié de "communication au public" au sens de la directive, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine* » (CJUE, 21 oct. 2014, aff C-348/13). Cette solution s'impose donc en droit interne.

iv ***Streaming* d'œuvres.** La mise à disposition en *streaming* d'œuvres constitue une communication au public qui suppose une autorisation préalable des titulaires de droits.

¹ CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson*, JCP G 2014, chron. 364, p. 560, obs. C. Caron ; CCE 2014, comm. 34, note C. Caron. Voir Cour de cassation, 26 mai 2014, avis n° 15008.

² Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *Bull. civ. I*, n° 166 ; D. 2012, p. 2071, concl. C. Petit ; D. 2012, p. 2075, note C. Castets-Renard ; D. 2012, p. 2343, spéc. 2348, obs. P. Tréfigny ; D. 2012, p. 2836, obs. P. Sirinelli.

v **Téléchargement descendant (*download*) d'œuvres.** Le téléchargement d'œuvres suppose l'autorisation du titulaire des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit d'un acte de communication au public, un acte de reproduction de l'œuvre. Le téléchargement connaît en France un cadre de lutte contre la contrefaçon adapté en raison de l'action de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), installée par le législateur en 2009 et dont l'une des missions est la protection des œuvres objets des contrefaçons commises sur Internet. La mise en ligne ou le téléchargement de biens intellectuels sans l'autorisation préalable du titulaire des droits est une contrefaçon, le législateur en fait une quasi-contrefaçon dont la sanction est principalement orchestrée par la HADOPI. Dans le cadre de sa mission de protection des œuvres, la commission de protection des droits de cette dernière agit sur saisine d'agents assermentés et agréés par les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, les SPRD, ou le Centre national de la cinématographie. Elle peut également agir sur la base d'informations qui lui sont transmises par le procureur de la République. Un délai de forclusion stricte est attaché à la saisine de la commission, puisqu'elle ne peut être saisie de faits remontant à plus de six mois. Ce délai de forclusion joue en pratique comme un délai de prescription, en l'espèce particulièrement bref. Une fois saisie de faits susceptibles de constituer une contrefaçon, la commission de protection des droits peut envoyer à l'abonné³ par la voie électronique et par l'intermédiaire du fournisseur d'accès Internet du contrefacteur, une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle⁴, lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent et l'avertissant des sanctions encourues en application des articles L. 335-7⁵ et L. 335-7-1⁶. La commission jouit d'un pouvoir d'opportunité, elle décide au cas par cas d'adresser cette

³Pour la gestion de cette procédure, voir décret n° 2011-264, 11 mars 2011, modifiant le décret n° 2010-236, 5 mars 2010, relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'art. L. 331-29 du Code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet », *JORF*, 13 mars 2011, p. 4561. Cf. C. Geiger, « HADOPI, ou quand la répression devient pédagogique », *D.* 2011, p. 773.

⁴ Art. L. 336-3 CPI La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.

Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des [articles L. 335-7 et L. 335-7-1](#).

⁵ Art. L. 335-7, al. 1, Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux [articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4](#) peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur.

⁶ Art. L ; 335-7-1 : Pour les contraventions de la cinquième classe prévues par le présent code, lorsque le règlement le prévoit, la peine complémentaire définie à [l'article L. 335-7](#) peut être prononcée selon les mêmes modalités, en cas de négligence caractérisée, à l'encontre du titulaire de l'accès à un service de communication au public en ligne auquel la commission de protection des droits, en application de [l'article L. 331-25](#), a préalablement adressé, par voie d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date de présentation, une recommandation l'invitant à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet.

La négligence caractérisée s'apprécie sur la base des faits commis au plus tard un an après la présentation de la recommandation mentionnée à l'alinéa précédent.

Dans ce cas, la durée maximale de la suspension est d'un mois.

Le fait pour la personne condamnée à la peine complémentaire prévue par le présent article de ne pas respecter l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement à un service de communication au

recommandation, sans aucun caractère automatique dans sa mise en œuvre. Il y a une première étape d'appréciation de l'opportunité de lutter contre telle ou telle atteinte à la propriété d'autrui. En conformité avec le volet préventif de la mission de la HADOPI, la recommandation contient une information sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les contrefaçons ainsi que sur les dangers qu'elles représentent pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel. La répression peut en rester là si le contrefacteur obtempère et ne renouvelle pas les actes dénoncés. Dans un deuxième temps, en cas de renouvellement, dans un délai de six mois à compter de l'envoi de la recommandation, de faits de contrefaçon, la commission peut adresser une nouvelle recommandation comportant les mêmes informations que dans la première. Elle doit assortir cette recommandation d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date de présentation de cette recommandation. La mise en œuvre de cette deuxième étape est, d'une part, soumise au même pouvoir d'appréciation de la commission que la première et, d'autre part, est encadrée dans un délai bref de six mois. Passé ce délai, le nouvel acte ne peut permettre que d'engager une procédure nouvelle, en la reprenant *ab initio*. Dans les deux cas, afin de permettre d'exercer les droits de la défense, les recommandations mentionnent la date et l'heure auxquelles les faits susceptibles de constituer une contrefaçon ont été constatés. Elles n'ont pas à divulguer le contenu des biens intellectuels concernés, elles indiquent les coordonnées téléphoniques, postales et électroniques où leur destinataire peut adresser des observations à la commission de protection des droits et obtenir, s'il en formule la demande expresse, des précisions sur la contrefaçon qui lui est reprochée. Si au plus tard un an après avoir reçu la seconde recommandation, l'abonné n'a pas sécurisé son accès Internet et que ce dernier est toujours utilisé pour réaliser des contrefaçons en ligne, il sera possible de constater une négligence caractérisée. Dans ce cas, suivant les dispositions de l'article L. 335-7 C. propr. intell., les personnes coupables des infractions peuvent être condamnées à une amende de cinquième catégorie et à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur. Lorsque ce service est acheté selon des offres commerciales composites incluant d'autres types de services, tels que services de téléphonie ou de télévision, les décisions de suspension ne s'appliquent pas à ces services. La sanction est renforcée par le fait que la suspension de l'accès à Internet n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au fournisseur du service. Les frais d'une éventuelle résiliation de l'abonnement au cours de la période de suspension doivent être supportés par l'abonné. La mise en œuvre de cette peine complémentaire se fait par le biais de la HADOPI qui adopte pour ce faire une ordonnance pénale. Une fois la décision sanctionnant la contrefaçon exécutoire, la peine complémentaire est portée à la connaissance de l'autorité qui la notifie au fournisseur d'accès Internet afin qu'il la mette en œuvre, dans un délai de quinze jours au plus à compter de la notification. Si ce dernier ne s'exécute pas, il encourt une amende maximale de 5 000 euros. Cette sanction complémentaire peut être prononcée, suivant l'article L. 335-7-1 C. propr. intell., en cas de négligence caractérisée de la part d'un titulaire d'un accès Internet. Un décret du 26 juin 2010 précise la notion de négligence caractérisée en insérant dans le Code de la propriété intellectuelle un nouvel article R. 335-5⁷. Au sens de ce texte, constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, soit de ne pas

public en ligne pendant la durée de la suspension est puni d'une amende d'un montant maximal de 3 750 €.

⁷Décret n° 2010-695, 25 juin 2010, instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet, *JORF* 26 juin 2010, p. 11536.

avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès, soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. Toutefois, pour que cette négligence puisse être sanctionnée, il faut que deux conditions cumulatives soient réunies. D'une part, en application de l'article L. 331-25 et dans les formes prévues par cet article, le titulaire de l'accès s'est vu recommander par la commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès pour éviter les contrefaçons. D'autre part, dans l'année suivant la présentation de cette recommandation, cet accès est à nouveau utilisé aux fins de contrefaçons en ligne. Le Code de la propriété intellectuelle ajoute que le fait pour la personne condamnée à cette peine complémentaire de ne pas respecter l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement à un accès Internet pendant la durée de la suspension est puni d'une amende d'un montant maximal de 3 750 euros, cette sanction s'applique aussi en peine complémentaire de l'article R. 335-3 C. propr. intell. Pour prononcer cette peine complémentaire, le juge prend en considération les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile. Ces précisions du Code de la propriété intellectuelle sont superflues, voire polluantes, tant le principe de la personnalisation des peines est fondamental en droit pénal⁸.

vii **Téléchargement ascendant (*upload*) d'œuvres.** La mise en ligne d'une œuvre pour permettre son téléchargement est un acte de communication au public qui suppose l'autorisation préalable des titulaires de droit. Le mécanisme préventif conduit sous l'autorité de la HADOPI ne fonctionne pas dans ce cadre, le droit commun de la propriété intellectuelle s'applique contre le contrefacteur.

vii **Fourniture d'une plateforme pour du '*user-generated content*'.** Le droit français ne connaît pas à ce jour de dispositions spécifiques pour les plateformes « user generated content ». Ces dernières sont soumises au droit commun de la propriété littéraire et artistique, la communication au public d'œuvres par ce biais suppose une autorisation préalable des titulaires des droits.

viii. Autres nouvelles utilisations sur internet

2. Lorsque des obstacles pratiques empêchent la conclusion de contrats de licence, en particulier quand de multiples utilisateurs individuels (et finaux) ne s'adressent pas aux ayants droit avant d'utiliser les œuvres (par exemple, les utilisateurs ont mis en ligne des œuvres et des prestations protégées sur une plateforme comme Youtube), y-a-t-il des mécanismes particuliers pour liciter l'utilisation ("des mécanismes de clearing")?

Il n'y a pas de mécanismes de licitation des contenus en droit français. Il appartient à l'utilisateur de demander une autorisation préalable pour l'exploitation des œuvres. La seule solution de licitation est la conclusion d'une transaction réglant le sort de l'atteinte au droit de propriété et organisant une autorisation d'exploitation pour les utilisations futures.

Est-ce que, en particulier, des accords de licence sont possibles et pratiqués avec des parties tierces impliquées, telles que des plateformes, à propos d'actes d'exploitation commis par les réels utilisateurs de la plateforme (tels que les téléchargeurs/*uploaders*)?

⁸F. Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.*, n° 933 et s.

Il n'y a pas, à notre connaissance, de mécanismes d'une telle nature en œuvre à ce jour en France, mais la liberté contractuelle attachée à la propriété littéraire et artistique permettrait d'envisager l'instauration d'une convention entre un site Internet et un titulaire de droit, convention par laquelle le titulaire autoriserait les diffusions des œuvres dont il est propriétaire, à l'initiative de tiers, au travers de la plateforme contractante, éventuellement en mettant à la charge de cette dernière le paiement d'une redevance.

3. a) Lorsqu'il y a une contrefaçon de droit d'auteur, notamment de droits exclusifs couvrant les actes énoncés sous 1 ci-dessus, et que le contrefacteur direct ne peut pas être identifié ou contacté, votre droit (y compris la jurisprudence) prévoit-il la responsabilité d'intermédiaires ou d'autres pour une contrefaçon commise par un tiers, c'est-à-dire:

- **pour les fournisseurs de contenu** : Le fournisseur de contenu est couvert par la notion d'éditeur, à entendre ici plus largement que celle exposée à l'article L. 132-1 C. propr. intell. L'éditeur est celui qui propose un service en ligne, que ce service relève de la propriété intellectuelle ou non. Cette qualification d'éditeur constitue probablement une qualification par défaut pour les acteurs du Net. Soit ils peuvent répondre aux conditions fixées par la loi pour être qualifiés de fournisseur d'accès à Internet (FAI) ou d'hébergeur, soit ils sont éditeurs de service de communication en ligne. À la différence des deux autres régimes, l'éditeur ne bénéficie pas d'un régime de responsabilité allégé. Une personne, physique ou morale, est éditeur de service de communication au public en ligne dès qu'elle met à disposition du public, dans un cadre ouvert, une offre en ligne. Par exemple, est un éditeur et non un hébergeur la société qui édite un site internet consacré aux noms de domaine qu'elle propose à la vente, qui offre une expertise destinée à aider à la fixation de la valeur, à charge de commission en cas de vente, et qui l'exploite commercialement⁹. Le cas de la société *eBay* fut particulièrement examiné par la Cour de cassation, la prestation de courtier en ligne semblant être à la frontière entre l'activité d'hébergeur et l'activité d'éditeur de service de communication en ligne. La Cour, à la lumière des éléments arrêtés par les juges du fond, constate que les sociétés *eBay* fournissent à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes et les assistent dans la définition et la description des objets mis en vente en leur proposant notamment de créer un espace personnalisé de mise en vente ou de bénéficiaire « d'assistants vendeurs », que ces sociétés envoient des messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir et invitent l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets similaires sélectionnés par elles. Elle en déduit que les sociétés *eBay* n'exercent pas une simple activité d'hébergement mais qu'elles jouent, indépendamment de toute option choisie par les vendeurs, un rôle actif de nature à leur conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'elles stockaient et à les priver du régime exonératoire de responsabilité¹⁰. La Cour de cassation ajoute, dans deux autres arrêts rendus le même jour à propos de *eBay* que « *la responsabilité de l'exploitant de la place de marché en ligne [est] engagée du seul fait qu'il joue un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance ou le contrôle des offres de vente illicites qu'il stocke* »¹¹. Le mouvement de responsabilisation des éditeurs d'un service de communication au public en ligne est renforcé par un arrêt *SNEP V. Google* de la Cour de cassation du 12 juillet 2012. Sous le visa des articles L. 335-4 et L. 336-2 CPI., la Cour casse un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait débouté le SNEP d'une demande de suppression de certains liens attachés à la fonctionnalité

⁹Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-14979.

¹⁰Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10508, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *D.* 2012, p. 1261, obs. C. Manara ; *D.* 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout ; *D.* 2012, p. 2343, obs. P. Tréfigny.

¹¹Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10505 et n° 11-10507 ; *CCE* 2012, comm. 74, note C. Caron.

Google Suggestions du moteur de recherche *Google*, dont le principe est de proposer aux internautes des termes de recherche supplémentaires associés automatiquement à ceux de la requête initiale en fonction du nombre de saisies, suggérait systématiquement d'associer à la saisie de requêtes portant sur des noms d'artistes ou sur des titres de chansons ou d'albums les mots-clés « Torrent », « Megaupload » ou « Rapidshare », qui sont, respectivement, le premier, un système d'échange de fichiers et, les deux autres, des sites d'hébergement de fichiers, offrant la mise à disposition au public et permettant le téléchargement des enregistrements de certains artistes-interprètes sans autorisation préalable, et donc en contrefaçon. La cour d'appel considérait que cette fonction ne constituait pas en elle-même une contrefaçon. Ouvrant la porte à une contrefaçon par fourniture de moyen, la Cour de cassation écarte cette analyse et prend en considération pour casser cet arrêt que « *d'une part, le service de communication au public en ligne des sociétés Google orientait systématiquement les internautes, par l'apparition des mots-clés suggérés en fonction du nombre de requêtes, vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes-interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins, et, d'autre part, les mesures sollicitées tendaient à prévenir ou à faire cesser cette atteinte par la suppression de l'association automatique des mots-clés avec les termes des requêtes, de la part des sociétés Google qui pouvaient ainsi contribuer à y remédier en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux, sans, pour autant, qu'il y ait lieu d'en attendre une efficacité totale* »¹². La loi impose uniquement des obligations d'identification de ces personnes. Si l'éditeur est une personne physique, il doit mentionner ses noms, prénoms, domicile et numéro de téléphone. Si cette personne physique est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, elle doit mentionner son numéro d'inscription. La loi aménage cette obligation de transparence pour les personnes éditant à titre non professionnel afin de préserver leur anonymat¹³. Elles peuvent ne tenir à disposition du public que le nom de leur hébergeur à condition d'avoir communiqué à ce dernier tous les éléments nécessaires à son identification en tant qu'éditeur.

Si l'éditeur de service de communication en ligne est une personne morale, l'obligation d'identification lui impose de communiquer sa dénomination ou sa raison sociale et son siège social, son numéro de téléphone, son numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés, son capital social, l'adresse de son siège social. Outre l'identification de la personne responsable de l'édition, la loi impose aussi à l'éditeur d'identifier, dans l'esprit de ce qui se fait pour la presse, un directeur ou un codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction. Enfin, dans la mesure où l'éditeur ne peut accéder au réseau et aux internautes que par leur truchement, il doit mentionner les coordonnées du FAI et de l'hébergeur qu'il utilise pour diffuser son contenu. La loi attache à ces obligations d'identification une sanction pénale, est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'activité d'éditeur de service de communication au public en ligne, de ne pas avoir respecté les obligations d'identification. Quant aux personnes morales, elles peuvent être déclarées pénalement responsables dans le cadre habituel.

¹²Cass. civ. 1^{er}, 12 juill. 2012, n° 11-20358, *Bull. civ. I*, n° 168 ; *Légipresse* 2012, n° 298, p. 560, note C. Alleaume ; *LPA* 2013, n° 21, p. 17, obs. X. Daverat ; *JCP G* 2012, act. 888 ; *D.* 2012, act. 1880, obs. C. Manara. Voir aussi TGI Paris, r 1880, 28 nov. 2013, n° 11/60 013, *Lexbase La lettre juridique* n°553, 9 janv. 2014, note C. Bernault.

¹³Par exemple, pour la responsabilité pénale de l'éditeur de contenu : Cass. crim., 22 juin 2010, *Bull. crim.* n° 114, à propos d'un blog, l'arrêt proposant une articulation entre la LCEN et loi sur la presse de 1881.

- **pour l'hébergeur.** L'hébergeur, s'il se contente d'une prestation purement technique, n'est pas responsable de la contrefaçon commise à partir des moyens qu'il a mis à disposition dans le cadre d'une prestation de service. Les hébergeurs sont les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, la mise à disposition du public, par des services de communication au public en ligne, le stockage, de signaux, d'écrits¹⁴, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services¹⁵. La Cour de cassation a considéré qu'une société, créatrice d'un site Internet, dont l'activité se bornait à structurer et classifier les informations mises à la disposition du public pour faciliter l'usage de son service mais que cette société n'était pas l'auteur des titres et des liens hypertextes, ne déterminait ni ne vérifiait les contenus du site, relevait du seul régime applicable aux hébergeurs. Dès lors, la responsabilité de ce prestataire, fût-il créateur de son site Internet, qui ne joue pas un rôle actif de connaissance ou de contrôle des données stockées, est limitée suivant les conditions de la loi¹⁶. La Cour de cassation admet que le prestataire bénéficie de cette qualité d'hébergeur même s'il accomplit des actes techniques sur le contenu hébergé. Elle affirme¹⁷ que *« le réencodage de nature à assurer la compatibilité de la vidéo à l'interface de visualisation, de même que le formatage destiné à optimiser la capacité d'intégration du serveur en imposant une limite à la taille des fichiers postés, sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne »*. Au-delà des actes techniques, elle intègre aussi dans les prestations d'hébergeur *« la mise en place de cadres de présentation et la mise à disposition d'outils de classification des contenus [qui] sont justifiés par la seule nécessité, encore en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur sans pour autant lui commander un quelconque choix quant au contenu qu'il entend mettre en ligne »*. Enfin, la Cour précise que *« l'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne »*. Cette question a été très controversée et ces arrêts de la Cour de cassation semblent proposer des éléments de réponse susceptibles de mettre un terme aux divergences de vues, à tout le moins de pouvoir mieux anticiper les qualifications¹⁸. Ressort de la grille de lecture proposée par la Cour de cassation que doit pouvoir bénéficier de la qualité d'hébergeur l'opérateur qui offre simplement une capacité de stockage tout en restant neutre et transparent. Il s'agit de la situation la plus proche de celle à l'esprit de législateur en 2004. La Cour étend le bénéfice de cette qualification à des opérateurs un peu moins neutres. Ainsi, est aussi hébergeur, l'opérateur qui ne décide pas du contenu mis en ligne quand bien même cela se ferait par l'intermédiaire des outils qu'il met à la disposition. Cette extension pourrait relever d'une interprétation permissive, les outils pouvaient être essentiels dans une contrefaçon, on doit avoir à l'esprit l'idée de contrefaçon par fourniture de moyen¹⁹. Pour autant la Cour de cassation retient qu'est sans effet sur la

¹⁴Par exemple, un blog : CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 8 nov. 2013, *Overblog c/Paperblog*.

¹⁵Sur le pouvoir d'appréciation de l'hébergeur à l'égard du contenu ou de personnes responsable du contenu hébergé, Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11672.

¹⁶Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, *Bull. civ. I*, n° 31 ; *D.* 2011. 669 ; sur le bénéfice de non-responsabilité applicable à la personne stockant des données, voir aussi, Cass. civ. 1^{re}, 14 janv., 2010, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *D.* 2010. 260, obs. C. Manara ; *D.* 2010, 837, point de vue L. Thoumyre ; *D.* 2010, 1966, obs. J. Larrieu ; *RTD com.* 2010. 307, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁷Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, *Dailymotion*, *Bull. civ. I*, n° 30, *D.* 2011. 668, obs. C. Manara, et 1113, note L. Grynbaum ; *D.* 2011, p. 2164, obs. P. Sirinelli. Voir aussi à propos de l'arrêt de la cour d'appel, A. Debet, « Dailymotion : toujours un hébergeur pour la cour d'appel de Paris », *CCE* 2010, comm. 74 et comm. 124.

¹⁸Voir pour une étude d'ensemble, P. Sirinelli, *D.* 2011, p. 217.

qualification d'hébergeur le fait pour le prestataire de procéder à certaines modifications techniques du contenu, le fait de réaliser l'indexation du contenu posté par un internaute afin d'en faciliter la consultation ou d'opérer une structuration. Ces décisions de la Cour de cassation déterminées par la négative ce qui ne relève pas de l'activité d'éditeur et donc peut être celle de l'hébergeur, mais cela doit aussi être lu à la lumière de la jurisprudence *eBay* qui propose une définition de ce qui n'est pas du domaine d'activité de l'hébergeur. Le croisement de ces analyses appelle encore des éclaircissements. Une des difficultés des actions engagées contre les opérateurs du Net est d'identifier la personne juridiquement responsable, souvent située sur un territoire étranger. Semblant remettre au goût du jour la jurisprudence des gares principales, la Cour de cassation retient que la société *Google France* était présentée comme le bureau français de la société *Google Inc.* à contacter et qu'elle exerçait une activité de fournitures de services, en des textes rédigés en français et destinés au public français. De l'appréciation souveraine de l'ensemble de ces éléments, une cour d'appel a pu déduire la participation directe et effective au fonctionnement du service gratuit d'indexation mis en œuvre par la société *Google Inc.* de la société *Google France* dont la responsabilité peut être recherchée²⁰. Ils ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services²¹ si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement²² pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de l'hébergeur. La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les hébergeurs lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants²³ :

- la date de la notification ;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- les noms et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

Ces conditions sont cumulatives, la prise en compte ne pourra avoir lieu que si la déclaration contient précisément l'ensemble de ces éléments. La Cour de cassation affirme que cette notification doit comporter l'ensemble des mentions prescrites par ce texte. Elle soutient la cour d'appel, qui a constaté que les informations énoncées à la mise en demeure étaient insuffisantes au sens de la loi à satisfaire à l'obligation de décrire et de localiser les faits litigieux mise à la

¹⁹ Voir Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *SNEP vs. Google*, n° 11-20358, *Bull. civ. I*, n° 168 ; *D.* 2012, p. 1880, obs. C. Manara, *D.* 2012, p. 2343, obs. P. Tréfigny.

²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15165, n° 11-15188, *Bull. civ. I*, n° 162, et n° 11-13666, *Bull. civ. I*, n° 166 ; C. Petit, « Google, une obligation de surveillance proportionnée ? », *D.* 2012, p. 2071 ; *CCE* 2012, comm. 91, obs. C. Caron.

²¹ Voir toutefois, CA Montpellier, 15 déc. 2011, *CCE* 2012, comm. 41, obs. Anne Debet, qui admet la responsabilité sur le fondement de la loi Informatique et Libertés.

²² Sur l'appréciation de la promptitude, Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, *Bull. civ. I*, n° 32.

²³ Cf. A. Néri, « La procédure de notification aux hébergeurs des contenus illicites présents sur Internet », *CCE* 2011, prat. 5. Voir Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15165 et n° 11-15188, préc.

charge du notifiant et que celui-ci n'avait pas joint à son envoi recommandé les constats d'huissier qu'il avait fait établir et qui auraient permis à l'opérateur de disposer de tous les éléments nécessaires à l'identification du contenu incriminé, a pu en déduire qu'aucun manquement à l'obligation de promptitude à retirer le contenu illicite ou à en interdire l'accès ne pouvait être reproché à l'hébergeur qui n'avait eu connaissance effective du contenu litigieux qu'avec l'assignation à jour fixe. De plus, le fait de présenter à un hébergeur un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors que cette information inexacte, est punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette disposition vise à lutter contre l'instrumentalisation de l'obligation de retrait. Les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

- **pour le fournisseur d'accès** Il ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour la contrefaçon commise par le biais de son réseau. Il doit en revanche avoir une collaboration active notamment avec la HADOPI. Il bénéficie d'un mécanisme de responsabilité aménagé (voir CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/11, *Scarlet Extended* et CJUE, 16 fév. 2011, aff. C-360/10, *SABAM vs Netlog*).

- pour d'autres?

b) Dans ce cas, quelles sont les conditions de la responsabilité, et à quoi le tiers est-il tenu (notamment, à la réparation des dommages, ou à fournir des informations sur le contrefacteur direct ou des informations sur l'étendue de la violation afin d'estimer le préjudice)?

Voir *supra*

4. Dans ces cas de contrefaçon, qui peut ester en justice:

- l'auteur, il peut agir en justice pour la défense de son droit moral et pour la défense des droits patrimoniaux dont l'exercice n'est pas confié à une société de gestion collective²⁴.
- le titulaire d'une licence exclusive, seul le titulaire d'un droit exclusif d'exploitation de phonogramme ou de vidéogramme peut agir, sauf stipulation contraire dans le contrat de licence (art. L. 331-1 CPI).
- le titulaire d'une licence non-exclusive. Il n'est pas recevable à agir dans le cadre d'une action en contrefaçon d'un droit de propriété littéraire et artistique.
- l'employeur de l'auteur. Il peut agir s'il est titulaire des droits de propriété intellectuelle ou en raison de la présomption de titularité que lui a reconnue la jurisprudence²⁵.
- la société de gestion collective qui gère ce droit? Uniquement pour les droits patrimoniaux dont elle a explicitement la gestion, ainsi que pour défendre l'intérêt général de la profession (art. L. 331-1 CPI)²⁶.

²⁴ Cass. civ. 1, 13 nov. 2014, n° 13-22401.

²⁵ Pour les droits d'auteur, Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *RTD com.* 1995.418, obs. Françon ; *RIDA* 1993. 200 et 91, obs. A. Kéréver ; *JCP G* 1993. II. 22085, obs. F. Greffe. I. Zafrani, « Évolution jurisprudentielle de la présomption de titularité des droits de création », *Gaz. Pal.* 2010, n° 169-170, p. 29 ; Cass. com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 147, p. 156 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 janv. 2012, n° 10-24696. Pour les droits voisins, Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 2012, *Bull. civ. I*, n° 242 .

B. Questions à propos des mécanismes pour la rémunération appropriée des créateurs et des artistes interprètes dans leurs relations avec des licenciés

Réponses françaises établies par **Tristan Azzi**, professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne
Université Paris-I (Panthéon – Sorbonne)

Si les auteurs et les artistes-interprètes exercent leurs droits exclusifs en en donnant licence à des entreprises d'exploitation, telles que des éditeurs, la question se pose de la meilleure manière pour garantir une rémunération appropriée par ces licences.

Question n° 1 :

Votre droit prévoit-il des règles juridiques, dont la jurisprudence, sur les mécanismes assurant une rémunération appropriée des auteurs et des artistes-interprètes en relation avec les entreprises d'exploitation dans les cas suivants :

- une règle générale concernant tout type de contrat ;
 - une règle concernant les situations de best sellers (i.e. quand les parties ne pouvaient pas prévoir le succès de l'œuvre) ;
 - en cas de contrats léonins ;
 - en d'autres cas ;
- et le cas échéant, à quelles conditions ?

Réponse à la question n° 1 :

²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 févr. 2013, *D.* 2013, p. 567, note Ph. Allaëys ; *Légipresse* 2013, n° 305, p. 294, note N. Binctin ; Cass. civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, *JCP G* 2013, n° 1071 p. 1894, note N. Binctin ; *CCE* 2013, comm. 100, note C. Caron ; voir aussi J.-M. Bruguière, « La recevabilité de l'action des SPRD à agir en contrefaçon pour des créateurs non membres », *JCP E* 2009, 1471

1. Contrats à titre gratuit. Avant d'envisager les mécanismes qui permettent d'assurer aux auteurs d'œuvres de l'esprit une rémunération appropriée, il convient d'indiquer que le droit français autorise expressément les cessions à titre gratuit du droit d'auteur. En effet, selon l'article L. 122-7 CPI, « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ». De même, non sans une certaine redondance, l'article L. 122-7-1 énonce que « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues* ». Enfin, l'article L. 131-2 admet les « *autorisations gratuites d'exécution* ».

Si la gratuité est autorisée dans les contrats d'auteur, elle est toutefois fortement encadrée en pratique (sur l'ensemble du problème, v. T. Azzi, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur », *RIDA* n° 237, juill. 2013, p. 90). La jurisprudence s'assure ainsi du consentement éclairé de l'auteur à cet égard. Elle exige notamment que l'absence de rémunération soit mentionnée sans ambiguïté dans le contrat (v. par ex. TGI Paris, 30 nov. 1999 : *RIDA* juill. 2000, n° 185, p. 435 ; CCE 2001, comm. 87, obs. C. Caron ; CA Paris, 10 déc. 2004 : *RIDA* avr. 2005, n° 204, p. 286 ; *Propr. intell.* 2005. 175, obs. A. Lucas). Lorsque la clause stipulant la cession à titre gratuit est équivoque, les tribunaux n'hésitent pas à la réputer non écrite et à accorder de la sorte une rémunération à l'auteur. Il leur est même arrivé d'annuler purement et simplement l'entier contrat (TGI Paris, 30 nov. 1999, préc.). Ces solutions devraient pouvoir s'appliquer sans difficulté par analogie aux contrats conclus par des artistes-interprètes.

2. Contrats à titre onéreux. En pratique, cependant, les contrats d'exploitation du droit d'auteur sont le plus souvent passés à titre onéreux. Le droit français prévoit alors plusieurs mécanismes permettant aux auteurs de percevoir une rémunération appropriée.

3. Droit d'auteur. CPI. Principe. Rémunération proportionnelle. Le mécanisme le plus évident tient au principe de rémunération proportionnelle édicté par l'article L. 131-4 CPI. Cette disposition figure dans un chapitre du Code intitulé « *dispositions générales* » et s'applique en conséquence à tous les contrats d'auteur. Elle énonce que toute cession de droits « *doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation* ». L'exigence est reprise dans les dispositions du Code spécialement consacrées au contrat d'adaptation (article L. 131-3, al. 4), au contrat d'édition (art. L. 132-5) et au contrat de production audiovisuelle (art. L. 132-25, al. 2). L'auteur est ainsi assuré d'être associé aux profits générés par l'utilisation de son œuvre. En outre, cela permet d'éviter qu'il abandonne définitivement ses droits pour une somme dérisoire. Encore faut-il, pour que le principe de rémunération proportionnelle soit effectif, que l'œuvre soit exploitée. On notera à cet égard que la loi française édicte à la charge du cessionnaire une obligation d'exploitation. Certes, celle-ci n'est formellement prévue que pour certains contrats nommés (art. L. 132-12 pour le contrat d'édition et L. 132-27 pour le contrat de production audiovisuelle), mais plusieurs spécialistes considèrent, à la suite de Desbois, qu'elle couvre en réalité l'ensemble des contrats d'exploitation du droit d'auteur (v. not. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1390 s. et les réf. ; comp. A. et H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, n° 673)

Les contractants ne peuvent éluder l'exigence de rémunération proportionnelle, qui est considérée comme d'ordre public. Ils ont la faculté, mais c'est différent, d'ajouter à la rémunération proportionnelle un forfait. Si l'exigence de rémunération proportionnelle joue au

bénéfice de l'auteur, il ne semble pas, en revanche, que le cessionnaire des droits puisse l'invoquer dans ses rapports avec les sous-exploitants (Paris, 16 janv. 2004, *Propriété intellectuelle* 2005, n° 14, p. 64, obs. A. Lucas ; *CCE* 2004, comm. 38, obs. C. Caron ; rappr. le célèbre arrêt *Perrier* : Civ. 1^{re}, 13 oct. 1993 : D. 1994. 166, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1994. 272, obs. Françon ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2^e éd., 2015, dir. M. Vivant, n° 24, 2^e esp., note A. Maffre-Baugé). Cela étant, on ne voit pas ce qui pourrait justifier que l'auteur, lui, cesse de percevoir une rémunération proportionnelle en cas de sous-cession. Notons par ailleurs que le principe de rémunération proportionnelle a été institué par la loi du 11 mars 1957, si bien que, en vertu des règles du droit transitoire, certains contrats conclus antérieurement peuvent valablement l'ignorer (ex. Civ. 1^{re}, 30 oct. 1967, *JCP* 1968. II. 15530).

L'assiette de la rémunération proportionnelle réside dans le prix de vente au public hors taxe (ex. prix du billet de cinéma ; prix de vente du livre y compris lorsqu'il s'agit d'un livre numérique, selon l'art. L. 132-17-6, al. 2, issu de l'ordonnance du 12 nov. 2014 ayant réformé le régime du contrat d'édition ; prix du CD ou du DVD ; prix du téléchargement sur internet, etc.). La rémunération ne peut donc pas être, en principe, fonction des bénéfices réalisés par l'exploitant ni des recettes publicitaires qu'il a perçues (v. cependant l'art L. 132-17-6, al. 3, à propos de l'exploitation des livres sous forme numérique, examiné *infra* n° 5). Certains auteurs souhaiteraient que les parties puissent aménager conventionnellement ces règles, ce que la jurisprudence refuse pour l'heure (v. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9^e éd., 2015, n° 485 et les réf.).

Le taux de rémunération est, quant à lui, libre. Il ne doit toutefois pas être trop bas, à peine de nullité pour vil prix (hypothèse correspondant aux contrats léonins visés dans le questionnaire). Nous reviendrons sur ce point ultérieurement (*infra* n° 7).

La sanction du non-respect de l'exigence de rémunération proportionnelle est la nullité du contrat ou parfois de la seule clause de rémunération forfaitaire, lorsque le mode de rémunération n'a pas été déterminant du consentement. Dans cette seconde hypothèse, l'auteur a droit à des dommages-intérêts mais non à la rémunération à laquelle il aurait pu prétendre. Cependant, le montant des dommages-intérêts est censé correspondre peu ou prou à ladite rémunération.

4. Droit d'auteur. CPI. Exceptions. Rémunération forfaitaire. L'exigence de rémunération proportionnelle supporte plusieurs exceptions. Dans certaines hypothèses limitativement énumérées, la loi autorise ainsi les contractants à stipuler une rémunération forfaitaire, ce qui signifie que l'auteur ne sera pas associé financièrement au succès de son œuvre. Le forfait n'est cependant pas nécessairement désavantageux : mieux vaut un forfait sûr qu'une rémunération proportionnelle très faible en raison de l'insuccès de l'œuvre. C'est pourquoi, dans un contrat en cours, l'auteur peut demander la conversion de la rémunération proportionnelle en forfaits annuels pour une période déterminée (art. L. 131-4, dernier al., CPI). Ajoutons que, lorsque le forfait est admis par la loi, les contractants demeurent libres de lui préférer une rémunération proportionnelle.

En dehors de l'hypothèse d'une conversion volontaire de la rémunération proportionnelle en forfait envisagée à l'instant, le forfait n'est admis que s'il est impossible ou excessivement difficile de mettre en place une rémunération proportionnelle. Plus précisément, aux termes de l'article L. 131-4, « la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

- 2° *Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;*
- 3° *Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;*
- 4° *La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;*
- 5° *En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;*
- 6° *Dans les autres cas prévus au présent code ».*

En application de ce texte, la jurisprudence a admis la validité de la clause de rémunération forfaitaire dans des situations variées : impossibilité de connaître le taux de consultation d'une œuvre et/ou absence de prix payé par le public (ex. diffusion non payante sur internet) ; prix correspondant aussi à d'autres services (ex. prix d'entrée dans une discothèque) ; impossibilité de déterminer la part contributive d'un auteur dont le rôle n'est pas essentiel dans une œuvre plurale (ex. décorateur d'un opéra, photographe pour un catalogue de cuisine, auteur de la nouvelle édition d'un ouvrage) ; œuvre dont le prix est accessoire par rapport à l'objet dans lequel elle s'intègre (ex. dessin d'un bijou de valeur) ; nombre trop important d'auteurs...

Les « *autres cas* » mentionnés au 6°) de l'article L. 131-4 sont principalement énumérés dans les dispositions du code relatives au contrat d'édition, et notamment par l'article L. 132-6. Le texte est ainsi rédigé :

« En ce qui concerne l'édition de librairie, la rémunération de l'auteur peut faire l'objet d'une rémunération forfaitaire pour la première édition, avec l'accord formellement exprimé de l'auteur, dans les cas suivants :

- 1° *Ouvrages scientifiques ou techniques ;*
- 2° *Anthologies et encyclopédies ;*
- 3° *Préfaces, annotations, introductions, présentations ;*
- 4° *Illustrations d'un ouvrage ;*
- 5° *Editions de luxe à tirage limité ;*
- 6° *Livres de prières ;*
- 7° *A la demande du traducteur pour les traductions ;*
- 8° *Editions populaires à bon marché ;*
- 9° *Albums bon marché pour enfants.*

Peuvent également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire les cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger.

En ce qui concerne les œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse, la rémunération de l'auteur, lié à l'entreprise d'information par un contrat de louage d'ouvrage ou de services, peut également être fixée forfaitairement ».

Un dernier « *cas* » de rémunération forfaitaire, au sens du 6°) de l'article L. 131-4, concerne la cession du droit de reprographie. En France, la publication d'une œuvre entraîne cession de ce droit à une société de gestion collective, le Centre français du droit d'exploitation du droit de copie (CFC) (art. L. 122-10). Or, selon l'article L. 122-11, les conventions conclues par cette société avec les utilisateurs « *peuvent prévoir une rémunération forfaitaire dans les cas définis aux 1° à 3° de l'article L. 131-4* ». Dans la mesure où s'opère ici une cession forcée du droit exclusif, le mécanisme n'est pas loin de constituer un droit à rémunération, en sorte qu'il n'est pas certain qu'il trouve sa place dans cette partie de la réponse au questionnaire (v. *infra* la partie C).

Cela étant, compte tenu des dangers que représente pour l'auteur la stipulation d'un forfait, le montant de la rémunération peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, lequel est prévu par l'article L. 131-5. Un forfait trop faible est ainsi susceptible d'entraîner une révision du contrat. En d'autres termes, l'auteur peut exiger en justice une augmentation de sa rémunération. Plus précisément, il faut pour cela que le forfait ait fait subir à l'auteur un préjudice de plus des 7/12^e, dû soit à une lésion (forfait faible apprécié au moment de la conclusion du contrat, ce qui correspond notamment au cas des contrats léonins visés dans le questionnaire), soit à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre (forfait faible apprécié par rapport au succès finalement rencontré par l'œuvre, ce qui correspond notamment à la situation des *best sellers* envisagée dans le questionnaire). La protection conférée à l'auteur par l'article L. 131-5 est particulièrement forte dans la mesure où elle déroge au droit commun des contrats. En France, en effet, ni la lésion ni l'imprévision ne sont en principe des motifs de révision des contrats (v. *infra* n° 7).

Le recours au forfait est également encadré en ce qui concerne l'édition de livres sous forme numérique en raison des incertitudes liées à ce nouveau mode d'exploitation. L'article L. 132-17-6 CPI, issu de l'ordonnance du 14 novembre 2014 ayant réformé le régime du contrat d'édition, pose que « *dans les cas prévus de recours à un forfait, ce dernier ne saurait être versé à l'auteur en contrepartie de la cession de l'ensemble de ses droits d'exploitation sous une forme numérique et pour tous les modes d'exploitation numérique du livre. Dans les cas de contributions à caractère accessoire ou non essentiel mentionnés au 4° de l'article L. 131-4, une telle cession est possible* ». Et la même disposition d'ajouter : « *le forfait ne peut être justifié que pour une opération déterminée et toute nouvelle opération permettant le recours à un forfait s'accompagne de sa renégociation* ».

5. Droit d'auteur. Autres règles du CPI garantissant une rémunération appropriée.

De nombreuses autres règles inscrites dans le Code de la propriété ont trait, directement ou indirectement, au caractère approprié des rémunérations versées aux auteurs par leurs cocontractants.

On peut citer tout d'abord le formalisme obligatoire prévu par l'article L. 131-3, alinéa 1^{er}. Selon cette disposition, « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Certes, il n'est pas question ici de rémunération, mais il est évident qu'en obligeant les contractants à détailler de la sorte les modalités de l'exploitation, le texte contribue à rendre effective la règle de la rémunération proportionnelle. Il convient d'ailleurs d'indiquer à cet égard qu'en matière de contrat de production audiovisuelle, la loi prévoit que « *la rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation* » (art. L. 132-25, al. 1^{er}). Le contrat doit ainsi opérer une ventilation entre les différents modes d'exploitation (en salle, en DVD, à la télévision, etc.) et associer à chacun une rémunération. Une règle équivalente est prévue en matière de contrat de commande pour la publicité (art. L. 132-31 CPI).

Rappelons, dans un registre voisin, que l'obligation d'exploitation prévue pour le contrat d'édition et pour le contrat de production audiovisuelle, qu'une partie de la doctrine entend généraliser, contribue elle aussi à rendre effective la règle de la rémunération proportionnelle.

On peut également citer les dispositions imposant à l'exploitant de rendre périodiquement des comptes à l'auteur (art. L. 132-13 pour le contrat d'édition en général, art. L. 132-17-3 pour

le contrat d'édition de livres, art. L. 132-28 pour le contrat de production audiovisuelle ; rappr. art. L. 132-21 pour le contrat de représentation).

Une autre disposition intéressante est l'article L. 131-6 CPI. Suivant ce texte, l'auteur peut céder ses droits pour des exploitations sous une forme non prévue et non prévisible à la date de conclusion du contrat. Cependant, une telle clause doit être expresse et doit, en outre, « *stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation* ». L'auteur est ainsi assuré de percevoir une rémunération appropriée pour ce type d'utilisations.

Qu'elles soient proportionnelles ou forfaitaires, les redevances dues au titre du droit d'auteur ont un statut particulier. Pour les créances dues pour les trois dernières années, les auteurs sont des créanciers privilégiés, ce qui, par rapport aux créanciers ordinaires des exploitants, les place au même rang que les salariés (art. L. 131-8 CPI). Par ailleurs, les redevances sont insaisissables, à certaines conditions, lorsqu'elles ont un caractère alimentaire (art. L. 333-1 et s.).

Dans un registre plus spécial, il faut mentionner les règles relatives aux auteurs fonctionnaires. La loi prévoit que, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, les droits d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat peuvent, à certaines conditions, être cédés de plein droit à l'Etat (art. L. 131-3-1). Un décret doit définir, entre autres, les conditions dans lesquels l'auteur peut être intéressé aux produits tirés de l'exploitation quand la personne publique cessionnaire des droits en a retiré un avantage. Pareil décret n'a toutefois, pour l'heure, pas encore été adopté.

La partie du Code dédiée au contrat d'édition renferme elle aussi des règles spéciales permettant de garantir aux auteurs une rémunération appropriée. Passons rapidement sur l'article L. 132-10. Cette disposition envisage le cas dans lequel le contrat prévoit un minimum de droits d'auteurs garantis à l'auteur. Une telle clause, assez fréquente en pratique, n'est cependant pas obligatoire. Lorsqu'elle fait défaut, l'article L. 132-10 impose que le contrat d'édition indique le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Sans doute plus intéressantes dans la perspective qui est ici la nôtre, les nouvelles dispositions du Code relatives au contrat d'édition de livres sous forme numérique, issues de l'ordonnance du 14 novembre 2014, prévoient elles aussi des règles relatives à la rémunération des auteurs. L'article L. 132-17-6 expose que « *le contrat d'édition garantit à l'auteur une rémunération juste et équitable sur l'ensemble des recettes provenant de la commercialisation et de la diffusion d'un livre édité sous une forme numérique* ». La même disposition ajoute que « *dans les cas où le modèle économique mis en œuvre par l'éditeur pour l'exploitation de l'édition sous une forme numérique repose en tout ou partie sur la publicité ou sur toutes autres recettes liées indirectement au livre, une rémunération est due à l'auteur à ce titre* ». L'article L. 132-17-7 énonce enfin que « *le contrat d'édition comporte une clause de réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'exploitation du livre sous une forme numérique* », l'idée étant de permettre à chacune des parties – auteur et éditeur – de réclamer une renégociation de la rémunération initialement prévue dans le contrat. La *ratio legis* de ces dispositions tient aux incertitudes liées au modèle économique du marché du livre numérique.

Ajoutons pour finir que des règles relatives à la rémunération figurent également dans les dispositions du Code relatives aux droits d'exploitation des œuvres des journalistes (art. L. 132-35 et s.). Sans entrer dans le détail, on indiquera que l'exploitation de l'œuvre d'un journaliste sur

différents supports, dans le cadre d'un titre de presse, a pour seule contrepartie le salaire, pendant une période fixée par un accord d'entreprise ou, à défaut, par tout autre accord collectif. Au-delà de cette période, l'exploitation est rémunérée à titre de rémunération complémentaire sous forme de droits d'auteur ou de salaire, dans des conditions déterminées par l'accord d'entreprise ou, à défaut, par l'accord collectif. La diffusion d'un article au sein d'autres titres de presse appartenant à la même famille cohérente de presse peut être prévue par un accord d'entreprise. Cette diffusion donne lieu à rémunération complémentaire, sous forme de droits d'auteur ou de salaire, dans des conditions déterminées par l'accord en question.

6. Droit voisin de l'artiste-interprète. La plupart des dispositions qui viennent d'être analysées – principe de rémunération proportionnelle, exceptions tenant à la possibilité d'un forfait, autres règles relatives à la rémunération – figurent dans la partie du Code consacrée au droit d'auteur et n'ont formellement pas d'équivalent dans la partie relative aux droits voisins.

Cependant, l'artiste-interprète étant assez proche de l'auteur, on pourrait concevoir de combler cette lacune en lui appliquant par analogie lesdites dispositions. On relèvera en ce sens que la jurisprudence a déjà employé le raisonnement par analogie afin de soumettre le droit voisin au même régime que le droit d'auteur (v. par ex. sur l'indifférence du contrat de travail, Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *SNEP, SCPP et a. c/ SNAM et SPEDIDAM* : D. 2001. 1541, note B. Poisson, et 1868, note B. Edelman ; *JCP G* 2002. II. 10014, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2001, 1382, n° 18, obs. F. Sardain ; *CCE* 2001, comm. 44, 2^o esp., note C. Caron ; *Grands arrêts préc.*, n° 25, 1^{re} esp. note T. Azzi ; v. encore, utilisant la présomption de titularité des droits créée en droit d'auteur, Civ. 1^{re}, 14 nov. 2012, *Soc. Charly Acquisitions Ltd, soc. Charly Licensing APS et soc. Lennox Holding Ltd c/ Soc Tim et soc. Top Link* : D. 2012. 2735, obs. E. Emile-Zola-Place, et 402, note T. Azzi ; *Propr. intell.* 2013, n° 46, p. 65, obs. J.-M. Bruguière ; *CCE* 2013, comm. 3, obs. C. Caron ; *RIDA* avr. 213, n° 236, p. 427 et p. 397, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse*, févr. 2013, p. 89, note G. Querzola ; *RTD com.* 2013. 306, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Grands arrêts préc.*, n° 25, 3^o esp., note T. Azzi).

Certains arrêts se prononcent toutefois en sens contraire, refusant d'étendre au bénéfice de l'artiste-interprète les prérogatives que la loi n'attribue formellement qu'à l'auteur (v. à propos du droit moral de divulgation, Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, *Petrucciani* : *Propr. intell.* 2009, n° 31, p. 174, obs. J.-M. Bruguière ; *CCE* 2009, comm. 13, note C. Caron, et chron. 4, n° 2, obs. X. Daverat ; *RLDI* janv. 2009, p. 23, obs. L. Costes ; *RIDA* avr. 2009, n° 220, p. 421 et p. 379, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Grands arrêts préc.*, n° 25, 2^e esp., note T. Azzi). Or, s'agissant précisément des règles du Code relatives aux contrats d'exploitation du droit d'auteur, la Cour de cassation a refusé d'en étendre l'application aux contrats d'artistes (Civ. 1^{re}, 21 mars 2006, *Coluche* : *CCE* 2006, comm. 95, obs. C. Caron ; *RLDI* 2006, n° 18, p. 6, note L. Marino : jugé que les demandeurs « qui n'agissaient qu'en leur qualité de dévolutaires des droits d'artiste-interprète, n'étaient pas fondés, pour prétendre à la nullité de la clause litigieuse, à se prévaloir des dispositions relatives au droit d'auteur, lesquelles étaient étrangères au litige »).

Il semble donc, pour s'en tenir à l'essentiel, que la rémunération proportionnelle ne soit pas obligatoire en matière de droits voisins : la stipulation d'une rémunération forfaitaire dans un contrat conclu par un artiste-interprète est donc parfaitement valable, et ce, en toute hypothèse (en ce sens, v. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^e éd., 2013, n° 605 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n° 1242 ; T. Azzi, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ, 2005, n° 665). C'est ce que confirme implicitement le très récent article L. 212-3-3, I, CPI, issu de la loi du 20 février 2015. Transposant, entre autres, la directive européenne du 27

septembre 2011, cette loi fait passer de cinquante à soixante-dix ans la durée de protection des droits voisins dans le domaine sonore. Or, l'article L. 212-3-3, I, envisage le cas où le contrat initialement conclu entre un artiste-interprète et un producteur de phonogrammes « prévoit une rémunération forfaitaire ». La loi valide donc cette pratique contractuelle.

Ajoutons que la loi institue tout de même une analogie entre le droit d'auteur et le droit voisin sur le terrain de la rémunération. On pense aux dispositions relatives au contrat passé entre un artiste-interprète et un producteur d'œuvre audiovisuelle. Un tel contrat, à l'image du contrat de production audiovisuelle conclu entre l'auteur et le producteur, doit fixer « une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre » (art. L. 212-4, al. 2).

Au-delà, les dispositions du Code relatives au droit voisin de l'artiste-interprète ne renferment que peu de précisions sur les rémunérations auxquels ce dernier peut prétendre. L'article L. 212-3 indique certes que les rémunérations qu'il perçoit en contrepartie des autorisations qu'il délivre sont régies par le Code du travail. Cependant, un tel renvoi à la législation sociale a pour principale conséquence de permettre une ventilation entre salaire et redevances (v. aussi sur ce point, en matière audiovisuelle, l'art. L. 212-6). Il n'a pas réellement d'incidence sur le caractère approprié de la rémunération au sens où il faut l'entendre dans le cadre du présent questionnaire. La seule disposition pertinente à cet égard est le nouvel article L. 213-3-3 envisagé plus haut. Conformément à la directive européenne de 2011, la loi française a rallongé de vingt ans la durée de protection des droits voisins en matière de phonogrammes. Cependant, les artistes-interprètes cédant généralement leurs droits aux producteurs, les principaux bénéficiaires de cette augmentation sont en réalité ces derniers. C'est pourquoi la directive a octroyé aux artistes-interprètes des compensations : durant les vingt années additionnelles, les producteurs ont, d'une part, l'obligation d'exploiter les prestations des artistes-interprètes et doivent, d'autre part, leur verser une rémunération. Transposant ce dispositif, l'article L. 213-3-3 distingue deux situations : si le contrat conclu initialement entre l'artiste-interprète et le producteur fixe une rémunération forfaitaire, le premier doit bénéficier d'une rémunération supplémentaire annuelle pour chaque année d'exploitation au-delà des cinquante premières années de protection ; si le contrat conclu initialement prévoit une rémunération proportionnelle, le producteur ne peut retrancher les avances ou les déductions définies contractuellement de la rémunération due à l'artiste-interprète en contrepartie de l'exploitation du phonogramme après les cinquante premières années de protection.

7. Droit commun des contrats. En matière de droit d'auteur comme en matière de droits voisins, le droit commun des contrats permet aussi, dans certaines circonstances, d'assurer aux titulaires de droits une rémunération appropriée. Les dispositions du Code civil viennent ici compléter utilement les règles du Code de la propriété intellectuelle. En voici les deux principales illustrations

En premier lieu, on indiquera que l'erreur sur la valeur, autrement qualifiée de lésion, n'est pas, en principe, une cause de nullité du contrat en droit français (sur la prise en compte spéciale de la lésion par le CPI, mais en tant que motif de révision du contrat, v. *supra* n°4). Une telle erreur sur la valeur est ainsi présentée comme indifférente. Cependant, par exception, lorsqu'elle trouve sa source dans une manœuvre dolosive du cocontractant (mensonge, réticence volontaire, falsification, etc.), elle peut conduire le juge à prononcer la nullité.

En second lieu, sur le fondement d'une absence de cause (ou d'objet, ce qui revient au même), la jurisprudence française sanctionne le vil prix, c'est-à-dire l'existence d'un prix dérisoire. C'est ainsi, nous l'avons vu, que les tribunaux n'hésitent pas à annuler des contrats

d'exploitation du droit d'auteur dès lors que le taux de la rémunération proportionnelle prévu s'avère extrêmement faible (ex. TGI Paris, 9 mai 1990, *RIDA* janv. 1991, p. 355). Rappelons, cependant, que l'auteur peut valablement céder ses droits sans contrepartie, à condition toutefois que la gratuité résulte très clairement des dispositions du contrat (v. *supra* n° 1).

Notons que le droit civil français n'admet pas, pour l'heure, la théorie de l'imprévision (excepté précisément en droit d'auteur, mais aux conditions envisagées *supra* n° 3). Ainsi, le juge n'a pas en principe le pouvoir de réviser le contrat en cas de changement de circonstances économiques en cours d'exécution. La réforme annoncée du droit des contrats devrait toutefois conduire à une modification de la position française sur ce point.

* * *

Question n° 2

Si votre droit prévoit des règles telles que celles mentionnées au B.1 ci-dessus, la loi détermine-t-elle le pourcentage des revenus de l'exploitation à verser aux auteurs et aux artistes interprètes, ou spécifie-t-elle autrement le montant de la rémunération ?

Réponse à la question n° 2

1. Droit d'auteur. Le droit français est très protecteur des intérêts des auteurs, lesquels sont réputés être des parties faibles dans les contrats qu'ils concluent avec les exploitants. Pour autant, la loi ne va pas jusqu'à fixer le pourcentage des revenus de l'exploitation qu'il convient de leur verser. Le droit français laisse donc libre cours à la négociation contractuelle sur ce point, sous réserve toutefois des correctifs résultant de l'application de certains des mécanismes envisagés précédemment (v. not. *supra* n° 3 : contrôle jurisprudentiel de l'assiette de la rémunération proportionnelle ainsi que de son taux qui, s'il s'avère trop bas, peut entraîner l'annulation du contrat pour vil prix). Notons que pareille négociation peut être individuelle, mais aussi collective (v. not. les dispositions du CPI relatives au contrat d'édition, au contrat de production audiovisuelle, au contrat de commande pour la publicité ou aux œuvres des journalistes). Relevons pour finir qu'il arrive tout de même que la loi française fixe des pourcentages ou des clefs de répartition, mais uniquement en ce qui concerne certains droits légaux à rémunération. Or de tels droits sont situés en dehors du champ des relations contractuelles. Il n'y a donc pas lieu de les étudier à cette place (pour leur analyse, v. les réponses à la partie C du questionnaire).

2. Droit voisin de l'artiste-interprète. Là encore, le droit français laisse en principe libre cours à la négociation et s'abstient généralement de fixer le pourcentage des revenus de l'exploitation auquel ont droit les artistes-interprètes (pour les droits légaux à rémunération, v. les réponses à la partie C du questionnaire). A nouveau, la négociation peut être individuelle ou collective (v. par ex. les art. L. 212-5 et s. CPI en matière audiovisuelle).

Les nouvelles dispositions, déjà évoquées, de l'article L. 212-3-3 font cependant exception à ce principe de libre négociation du prix. Rappelons que si le contrat initialement passé entre l'artiste-interprète et le producteur du phonogramme sur lequel est fixée sa prestation prévoit une rémunération forfaitaire, l'artiste-interprète a droit, au-delà des cinquante premières années de protection, à une rémunération annuelle supplémentaire. Or la loi fixe précisément le montant de cette rémunération. Aux termes de l'article L. 212-3-3, II, « *le montant global de la rémunération annuelle supplémentaire mentionnée au I du présent article est fixé à 20 % de l'ensemble des recettes perçues par le producteur de phonogrammes au cours de l'année précédant celle du paiement de ladite rémunération annuelle pour la reproduction, la mise à la disposition du public par la vente ou l'échange, ou la mise à disposition du phonogramme de manière que chacun puisse y avoir accès de sa propre initiative, à l'exclusion des rémunérations prévues aux articles L. 214-1 (rémunération équitable pour la communication au public et la radiodiffusion de phonogrammes) et L. 311-1 (rémunération pour copie privée)* ». Ajoutons que le producteur a l'obligation, en la matière, de rendre des comptes à l'artiste-interprète.

* * *

Question n° 3

Indiquez si des mécanismes mentionnés au B.1 et 2 ci-dessus sont efficaces en pratique.

Réponse à la question n° 3

1. Droit d'auteur. En ce qui concerne le droit d'auteur, les mécanismes résultant de la loi du 11 mars 1957 ont montré leur efficacité en pratique, en sorte que les réformes ultérieures ne les ont pas remis en cause. On pense en particulier à l'exigence de rémunération proportionnelle et à la plupart des cas dans lesquels le forfait est, par exception, autorisé. Quant aux mécanismes plus récents, il est encore trop tôt pour se prononcer sur leur efficacité. On songe avant tout aux dispositions réformant le régime du contrat d'édition.

2. Droit voisin de l'artiste-interprète. Rappelons qu'il n'existe pas, en la matière, de règle de rémunération proportionnelle comme en droit d'auteur. Les artistes-interprètes sont donc moins bien protégés que les auteurs. Cette asymétrie peut sans doute être critiquée, à tout le moins pour ce qui est des interprètes principaux d'une œuvre musicale ou cinématographique. Par ailleurs, s'agissant du dispositif résultant de la transposition de la directive sur la durée du 27 septembre 2011, celui-ci est à nouveau trop récent pour que l'on puisse se prononcer sur son efficacité.

3. Droit commun. Contrairement à certains droits étrangers, le droit civil français refuse pour l'instant d'accueillir la théorie de l'imprévision (excepté précisément en droit d'auteur, mais aux conditions envisagées *supra* n° 3). Nombreux sont les spécialistes à critiquer cette position qui, à l'occasion de la réforme imminente du droit des contrats, devrait être abandonnée.

* * *

C. Questions à propos des droits légaux à rémunération

Réponses françaises par **Florence-Marie Piriou**, Secrétaire Générale de la SOFIA

Les questions suivantes concernent l'étendue des droits à rémunération et leur mise en œuvre (généralement par le biais d'une société de gestion collective) à l'égard des utilisateurs.

1. Dans quels cas existe-t-il dans votre pays des droits légaux à rémunération, par exemple le droit de prêt public, le droit de suite, la rémunération pour copie privée, ou d'autres (ils sont souvent prévus dans le contexte de limitations aux droits)?

En France, il existe des droits à rémunération pour les exploitations suivantes :

- la reprographie (CPI, art. L. 122-10 et suivants)
- la retransmission par câble (CPI, art. L. 132-20-1)
- le prêt des livres en bibliothèques publiques CPI, art. L. 133-1. - CPI, art. L. 133-2. – CP)
- le droit de suite (Art. L.122-8 du CPI)
- rémunération équitable pour les artistes interprètes et producteurs de phonogrammes (art. L. 214-1)
- la copie privée au bénéfice des auteurs, éditeurs, producteurs et artistes interprètes (CPI, art. L. 311-1)
- l'exercice du droit d'autoriser reproduction et la représentation d'un livre indisponibles du XXe siècle sous forme numérique (L.134-3 du CPI).

Les sociétés sont investies des droits par la loi et peuvent être désignées par arrêté du ministre de la Culture pour les gérer.

2. Est-il possible d'obtenir une licence obligatoire, et le cas échéant, à quelles conditions et pour quelles catégories d'œuvres?

La gestion des licences obligatoires peut être confiée à une ou plusieurs sociétés de perception et de répartition qui, suivant les cas, sont désignées par le ministre de la Culture ou de la communication. Un agrément est alors délivré pour une durée de cinq ans par arrêté du Ministre de la culture à l'une ou plusieurs des sociétés candidates.

Sont concernés par ce régime de gestion collective obligatoire : le droit de reprographie (CPI, art. L. 122-10. - et CPI, art. L. 122-12. - CPI, art. R. 322-1 à R. 322-4) ; le droit de prêt (CPI, art. L. 133-2. - CPI, art. R. 326-1 à R. 326-7) ; la gestion du droit d'autoriser la retransmission par câble (CPI, art. L. 132-20-1. et CPI, art. R. 323-1) ; le droit de suite (CPI, art. L. 122-8. - et CPI, art. R. 122-7) ; la rémunération équitable pour les artistes interprètes et producteurs de phonogrammes (art. L. 214-1).

La Société qui sollicite son agrément pour la gestion de ces droits doit répondre aux conditions déterminées par la loi et par décret. Les critères sont généralement délivrés en considération de ce que la Société apporte la preuve de sa représentativité dans le secteur géré, justifie par tous

moyens de la qualification professionnelle de ses gérants et mandataires sociaux, donne des informations nécessaires relatives aux moyens matériels et humains mis en œuvre pour percevoir la rémunération, ainsi que les modes de financement pour en assurer l'administration sur cinq ans. La Société indique, par ailleurs, quelles sont les dispositions qu'elle entend prendre pour garantir le caractère équitable de la répartition dans le cas où la loi ne détermine pas les clés de partage entre les différentes catégories d'ayants droit bénéficiaires (par exemple : CPI, art. L. 133-2 pour le droit de prêt. - CPI, art. L. 122-12 pour la reprographie).

3.

i. Pour quels droits à rémunération votre droit prévoit-il une gestion collective obligatoire?

La gestion collective obligatoire est prévue pour :

- la rémunération équitable appliquée en matière de droits voisins des artistes et producteurs de phonogrammes (CPI, art. L. 214-1),
- la rémunération pour copie privée (CPI, art. L. 311-1. - et CPI, art. L. 211-3),
- le droit de reprographie,
- le droit de prêt institué par la loi n° 2003-517 du 18 juin 2003,
- le droit de suite (art. L. 122-8 du CPI),
- la gestion du droit de la retransmission par câble imposée par la directive 93/83/CEE du 27 septembre 1993, (transposée aux CPI, art. L. 132-20-1 et s.).

ii. Pour quels droits à rémunération votre droit ne prévoit-il pas de gestion collective obligatoire, mais en pratique, le droit est géré par une société de gestion collective?

S'agissant des artistes-interprètes, un dispositif légal spécifique a été aménagé en faveur de l'Institut National Audiovisuel (INA) afin de permettre l'exploitation d'extrait des prestations des artistes interprètes issus d'archives audiovisuelles de la télévision publique. Ainsi le dernier alinéa II de l'article 49 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 2006 contient des dispositions dérogatoires aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du Code de la propriété intellectuelle et précise : « Toutefois, par dérogation aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du Code de la propriété intellectuelle, les conditions d'exploitation des prestations des artistes-interprètes des archives mentionnées au présent article et les rémunérations auxquelles cette exploitation donne lieu sont régies par des accords conclus entre les artistes-interprètes eux-mêmes ou les organisations de salariés représentatives des artistes-interprètes et l'institut. Ces accords doivent notamment préciser le barème des rémunérations et les modalités de versement de ces rémunérations ». Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2006 (Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC) a validé cette clause considérant qu'elle ne portait pas atteinte au droit de propriété des artistes.

En vue de permettre une numérisation massive des livres indisponibles du XX^e siècle, la loi du 1^{er} mars 2012 a institué un régime de gestion collective d'un genre nouveau comparable aux modèles scandinaves de gestion collective étendue. Ainsi, lorsqu'un livre indisponible est publié en France au XX^e siècle et se trouve inscrit dans la base de données de la BnF (Relire), depuis plus de six mois, la loi confie, à une société de gestion collective agréée, l'exercice du droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique. L'auteur ou ses ayants droit ont la faculté de s'opposer à l'entrée de leurs livres en gestion collective ou de retirer les

droits du répertoire de la société agréée. Les auteurs peuvent le faire seul ou conjointement avec leur éditeur, à tout moment du processus de numérisation ou de diffusion (CPI, art. L. 134-4. - CPI, art. L. 134-5. – CPI, art. L. 134-6). Ce qui n'est pas le cas de l'éditeur qui a six mois pour se retirer du dispositif à compter de l'inscription de son livre le 21 mars dans la base de données Relire. En contrepartie de cette opposition, la loi l'oblige dans un délai de trois ans à rééditer l'ouvrage en accord avec l'auteur. Le texte du décret d'application de la loi du 27 février 2013 fait, actuellement, l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat depuis le 2 mai 2013. Le Conseil Constitutionnel, statuant en QPC, a confirmé que « le régime de gestion collective applicable au droit de reproduction et de représentation sous forme numérique des "livres indisponibles" n'entraîne pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 », (Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014). Poursuivant son examen, le Conseil d'État a récemment décidé de sursoir à statuer en posant d'office une question prioritaire à la Cour de Justice de l'Union Européenne sur la compatibilité de la loi française à la directive 2001/29.

iii. Qui doit payer la rémunération découlant de chacun de ces droits légaux à rémunération – l'utilisateur, un tiers (par exemple une officine de photocopies, un fabricant d'équipements de copie) ou le contribuable (par le biais d'un financement par le budget public)?

Les systèmes varient selon les droits gérés :

1. dans la cas de la reprographie, la rémunération est versée par les utilisateurs, les entreprises, les institutions publiques d'enseignement, les universités, les bibliothèques, les officines de photocopie ou encore toute personne mettant à disposition du public les moyens de photocopier des œuvres.
2. le droit de suite est à la charge du vendeur professionnel intervenant dans la vente de l'œuvre.
3. la rémunération du droit de prêt repose sur deux sources de financement, l'une est versée par l'Etat, l'autre par le libraire à l'occasion de chaque livre vendu à une bibliothèque de prêt.
4. le droit à rémunération équitable est versé par les personnes qui utilisent les phonogrammes pour leur radiodiffusion, la câblo-distribution ou leur communication au public.
5. la rémunération pour copie privée est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intra-communautaires de supports d'enregistrement utilisables pour la copie privée.

iv. Comment le tarif est-il / comment la rémunération est-elle fixé(e) pour chacun de ces droits à rémunération (en particulier : contractuellement, légalement, par une commission, etc.)?

Dans certains de cas, la détermination de la rémunération et/ou les conditions de sa fixation relèvent de la loi. Dans d'autre cas, le montant de la redevance est fixé, soit par une Commission (CPI, art. L. 311-5 pour la rémunération pour copie privée), soit par des accords spécifiques entre les organisations représentatives des ayants droit et des utilisateurs (CPI, art. L. 214-3 pour la rémunération équitable). Ces commission sont généralement paritaires entre ayants droit et redevables et sont présidées par un représentant de l'État (CPI, art. L. 212-4).

v. Les sociétés de gestion collective sont-elles surveillées à propos des tarifs, et le cas échéant, quels sont les critères du contrôle?

Le contrôle des sociétés de gestion collective est opéré par la Commission permanente de contrôle des comptes des SPRD (CPCSPRD) qui a été instituée par la loi n° 2000-719 du 1er août 2000 à l'article L. 321-13 du Code de la propriété intellectuelle. Jusqu'à présent ce contrôle ne porte pas sur les tarifs mais sur la gestion des droits et des frais engagés par ces sociétés pour les administrer. Ainsi, vingt-sept sociétés chargées de la gestion collective des droits d'auteur et des « droits voisins » sont annuellement contrôlées par la Commission, principalement, pour l'examen des flux financiers. La Commission présente ses recommandations dans le cadre d'un rapport annuel. Les dirigeants des SPRD sont tenus d'accéder aux demandes de la commission et de ne pas faire obstacle à l'exercice de sa mission sous peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

vi. Quels problèmes surviennent lorsque les ayants droit font valoir leurs droits légaux à rémunération contre des utilisateurs ou d'autres qui sont obligés de payer la rémunération (par exemple, une demande de paiement est contestée et donne lieu à une longue procédure pendant laquelle le débiteur peut faire faillite, etc.)?

Les ayants droit engagent dans ce cas des contentieux judiciaires.

vii. Lorsque des problèmes pour recouvrer les paiements des droits légaux à rémunération existent, votre droit prévoit-il des solutions à ces problèmes (par exemple, une obligation de verser une certaine somme en garantie sur un compte neutre)?

Il n'y a pas de règles spécifiques dans ce cas et c'est le droit commun qui s'applique.

D. Mécanismes pour garantir une rémunération des créateurs et des artistes interprètes

Réponses françaises par Nicolas Binctin, professeur à l'université de Poitiers

Les questions suivantes concernent les mécanismes existants, en particulier au sein des sociétés de gestion collective, pour garantir que les auteurs et les artistes interprètes reçoivent une rémunération appropriée, aussi à l'égard des entreprises d'exploitation telles que les éditeurs ou les producteurs de phonogrammes.

1. Concernant les droits légaux à rémunération prévus par votre droit, la loi ou des textes réglementaires déterminent-ils le pourcentage des revenus perçus à verser à un groupe particulier de titulaires de droit (par exemple, la répartition entre auteurs et producteurs, entre différents types d'auteurs, d'artistes interprètes, de producteurs etc.)?

Pour la répartition des licences légales, notamment pour la rémunération pour copie privée, un mécanisme de gestion collective (art. L. 311-6 C. propr. intell.) est adjoint à la collecte pour percevoir pour le compte des ayants droit. Une société répartit les sommes collectées entre les ayants droit à raison des reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet. La loi fixe des clés de répartition de ces redevances:

- la redevance pour copie privée des phonogrammes bénéficie, pour moitié, aux auteurs, pour un quart, aux artistes-interprètes et, pour un quart, aux producteurs,
- la redevance pour copie privée des vidéogrammes bénéficie à parts égales, aux auteurs, aux éditeurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs²⁷.

Ce mécanisme est évidemment protecteur des artistes interprètes qui ne dépendent pas des producteurs pour la détermination de cette part de revenus.

Une fraction des sommes collectées est affectée légalement aux actions sociales et au soutien à la création. En effet, l'article L. 321-9 du Code de la propriété intellectuelle, dont il convient de remarquer qu'il ne figure pas dans le titre consacré à la rémunération pour copie privée, envisage plusieurs situations qui empêchent les ayants droit de la rémunération pour copie privée de la percevoir en totalité. Les sommes visées par l'article L. 321-9 sont diverses et elles sont communément appelées "irrégularisables"²⁸. L'article L. 321-9, 1° CPI considère tout d'abord que sont concernés « 25 % des sommes provenant de la rémunération pour copie privée ». Cela signifie que, même si elle avait pu être répartie, un quart de la rémunération pour copie privée doit bénéficier à des actions culturelles précisées par la loi. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'irrégularisable puisque ces sommes étaient susceptibles d'être réparties. Elles ne le sont pas car on considère, si l'on en croit le rapporteur de la loi de 1985, que la copie privée « diminue

²⁷ CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-521/11, *Amazon. com International Sales Inc*, préc. : la redevance pour copie privée ne peut pas être exclue du seul fait que la moitié des recettes perçues est versée non pas directement aux ayants droit mais à des établissements sociaux et culturels institués au bénéfice de ces ayants droit, pour autant que ces établissements sociaux et culturels bénéficient effectivement auxdits ayants droit et que les modalités de fonctionnement desdits établissements ne sont pas discriminatoires.

²⁸ V. sur ce concept, A. Latreille, « Droits voisins : la notion de sommes non régularisables », *Légipresse* 1999, n° 164, II, p. 97 s. et A., H.-J. Lucas, et A. Lucas-Schloetter, *Traté de droit de la propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd. LexisNexis 2013, n° 910. - V. aussi les explications détaillées, mais un peu anciennes, dans *La mise en œuvre du droit d'auteur et des droits voisins en France, leur gestion en 1990 et 1991 par les sociétés de perception et de répartition des droits*, Rapp. min. de la Culture, 1991, Ire partie, p. 175 s.

l'activité des professions culturelles et artistiques et donc le niveau de l'emploi »²⁹. L'octroi de ces 25 % est censé compenser ces pertes occasionnées par la copie privée. Cette dernière maltraite la culture : il est nécessaire qu'une partie de la rémunération aille à cette culture. Une autre raison pratique est aussi avancée : ce pourcentage, arbitraire, correspond aux copies d'œuvres non protégées sur les supports (œuvres du domaine public, événements familiaux filmés au caméscope, etc.). C'est enfin la confirmation légale d'un financement des actions de la politique culturelle publique par des fonds privés. L'article L. 321-9, 2° du Code de la propriété intellectuelle précise que les sociétés doivent utiliser à ces fins culturelles " *la totalité des sommes perçues en application des articles [...] L. 311-1 et qui n'ont pu être réparties soit en application des conventions internationales auxquelles la France est partie, soit parce que leurs destinataires n'ont pas pu être identifiés ou retrouvés avant l'expiration du délai prévu au dernier alinéa de l'article L. 321-1* ". Ce dernier alinéa de l'article L. 321-1 ajoute que " *les actions en paiement des droits perçus par ces sociétés civiles se prescrivent par dix ans à compter de la date de leur perception, ce délai étant suspendu jusqu'à la date de leur mise en répartition* ". Il s'agit bien de sommes irrépartissables qu'il est impossible d'attribuer à des ayants droit. Il importe d'ailleurs de relever que " *les sommes non réparties s'ajouteront au préciput égal à 25 % de la redevance pour copie privée* " ³⁰.

Pour la rémunération pour le prêt en bibliothèque, sur le modèle d'une exploitation obligatoire du fait de la diffusion d'une œuvre, le législateur retient, à l'article L 133-1 C. propr. intell. que lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public. Pour compenser cette réduction de liberté des propriétaires, la loi accorde, de façon classique, un droit à rémunération. La collecte et la distribution de cette rémunération est assurée par un mécanisme de gestion collective. La redevance obligatoire comprend deux parts. Une première, à la charge de l'État, est assise sur une contribution forfaitaire par usager inscrit dans les bibliothèques accueillant du public pour le prêt, à l'exception des bibliothèques scolaires. Le montant de cette contribution est fixé par décret et peut être différent pour les bibliothèques des établissements d'enseignement supérieur, ainsi que les modalités de détermination du nombre d'usagers inscrits à prendre en compte pour le calcul de cette part. La seconde part est assise sur le prix public de vente hors taxes des livres, et son taux est de 6 % du prix public de vente. Cette double approche du calcul de la redevance est soutenue par la CJ³¹ qui affirme que la directive de 1992 relative au droit de location et de prêt s'oppose à une législation qui instituerait un système selon lequel la rémunération due aux auteurs en cas de prêt public serait calculée exclusivement en fonction du nombre d'emprunteurs inscrits dans les établissements publics, sur la base d'une somme forfaitaire fixée par emprunteur et par an. Les sommes collectées sont réparties dans des conditions fixées par la loi. L'article L. 133-4 C. propr. intell. ventile la somme en deux parts :

- une première fraction est répartie à parts égales entre les auteurs et leurs éditeurs à raison du nombre d'exemplaires des livres achetés chaque année, pour les bibliothèques accueillant du public pour le prêt.
- une seconde fraction, qui ne peut excéder la moitié du total, est affectée à la prise en charge d'une fraction des cotisations dues au titre de la retraite complémentaire par les personnes qui tirent plus de la moitié de leurs revenus de l'exploitation de ces œuvres³².

²⁹ Rapp. Richard, *RIDA* 1986, n° 127, p. 181.

³⁰ En ce sens, A. Françon, *RTD com.* 1997, p. 265.

³¹ CJUE, 30 juin 2011, aff. C-271/10, *Rec.* I-05815, *Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA)*.

³² Voir art. L. 382-12 C. séc. Soc. ; voir N. Binctin, « Le statut social de l'auteur en France », *RIDA* avr. 2011, n° 228, p. 5 ; N. Binctin, « Aménagement de l'assurance vieillesse des auteurs », *CCE* 2014, Étude 9.

Enfin, le mécanisme de l'article L. 214-1 CPI a déjà été évoqué : lorsqu'un phonogramme est publié à des fins de commerce, d'une part, la communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle et, d'autre part, la radiodiffusion et sa câblodistribution simultanée et intégrale, ainsi que sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle, ne sont pas soumises à l'obtention d'une autorisation préalable des titulaires de droits voisins. Cette licence impose que les utilisateurs acquittent une redevance équitable³³. La redevance profite aux artistes-interprètes et aux producteurs entre lesquels elle est répartie par moitié. Elle est versée par les personnes qui utilisent les phonogrammes et est assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement.

2. Le cas échéant, quels pourcentages la loi ou des textes réglementaires fixent-ils? Ces pourcentages varient-ils selon le droit légal à rémunération concerné?

Voir *supra*.

3. En l'absence de telles fixations légales, comment les pourcentages ou les clés de répartition fixées autrement sont-ils déterminés en pratique pour les différents droits à rémunération (notamment, par quels processus de décision et par qui sont déterminées ces clés de répartition au sein des sociétés de gestion collective)? Quels sont les pourcentages appliqués en pratique?

Il faut distinguer la répartition légale entre catégorie d'intervenants, ce que fait la loi (voir *supra* N° 1) et la répartition des fonds collectés au sein d'une même catégorie soumise aux mécanismes de la gestion collective (cumul de points par les membres des sociétés de gestion collective pour l'essentiel).

Par exemple, pour les droits voisins, la clef de répartition utilisée par la SPEDIDAM (société de gestion collective de droits voisins) repose sur la définition de deux parts au sein des sommes à distribuer : une part "nominative" qui correspond à 80 % des sommes à répartir et une part "non identifiée" pour le solde. La première est versée selon le nombre d'enregistrements auxquels les ayants droit ont participé durant les quinze dernières années et la seconde en fonction de la date de leur plus ancienne séance d'enregistrement. Cette part accorde une prime à l'ancienneté aux membres. Elle tend à compenser les incertitudes de la répartition, mais on se demande pourquoi cette seconde part n'est pas plutôt versée aux membres les plus actifs sur les trois dernières années par exemple. Il serait ainsi possible de passer d'une rente de situation à une rémunération versée en raison de l'actualité de l'artiste, certainement une formule économiquement plus juste.

Pour les licences légales de phonogrammes, la répartition des sommes collectées est effectuée selon les taux suivants : 10% sur les relevés des sonorisateurs professionnels, 57% sur les relevés de diffusion des radios, et 33% sur les ventes et la durée des phonogrammes. Ainsi, pour le producteur ou l'artiste interprète, plus les morceaux sont diffusés et plus la rémunération équitable est importante, et plus ils sont vendus et plus la rémunération pour copie privée croît.

4. Si les titulaires de droits dérivés (tels que les éditeurs qui ont des droits dérivés de ceux de leurs auteurs) transfèrent ces droits légaux à rémunération à une société de gestion

³³N. Binclin et D. Bismuth, « L'application de l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle aux diffusions télévisuelles », *Légipresse* 2004, II-23 ; I. Wekstein, « Droits voisins, licence légale et loi du 1^{er} août 2006 », *D.* 2006, Dossier 2189.

collective, comment et sur la base de quelle convention la rémunération leur est-elle versée dans ce cas?

Le droit à rémunération légale de l'éditeur est soumis à une gestion collective et la part qui lui revient est déterminée par la loi (voir *supra*).

5. Quels mécanismes de contrôle existent-ils dans votre pays pour superviser les clés de répartition appliquées par les sociétés de gestion collective, s'il en existe?

Les sociétés de gestion collective ne sont pas contrôlées dans leur mécanisme interne, les membres ayant une pleine autonomie. Toutefois, l'action générale des sociétés de gestion collective est surveillée par une Commission permanente³⁴ qui établit un rapport annuel sur le fonctionnement des sociétés de gestion collective, rapport qui peut notamment aborder cette question des clés de répartition.

³⁴ <https://www.ccomptes.fr/Institutions-associees/Commission-permanente-de-contrôle-des-SPRD>

E. Questions sur les nouveaux modèles économiques et leur statut juridique

Réponses françaises établies par :
Anne-Charlotte Jeancard, Directeur des affaires juridiques et internationales de
l'ADAMI³⁵
Maîtres Virginie Tabary, Avocate (cabinet Gilles Vercken)
Gilles Vercken, Avocat (cabinet Gilles Vercken)

1. Quels nouveaux modèles économiques connaissez-vous dans votre pays pour la fourniture/l'offre d'œuvres sur internet ?

L'avènement d'internet s'est accompagné du développement de nombreux modèles économiques dont beaucoup constituent la transcription dans l'univers numérique de modèles existants dans le monde analogique. Toutefois, la possibilité de contrôler l'offre de contenus protégés par les mesures de protection technique (au sens large) permet à l'offrant d'affiner les propositions commerciales et a conduit à une diversification des modèles envisageables.

Par ailleurs, l'apparente gratuité pour l'utilisateur de nombreuses propositions commerciales se traduit de la même façon par des flux financiers différents de ceux qui irriguent le marché physique (l'exemple le plus topique étant le financement par la publicité, qui connaît de très nombreux déclinaisons dans l'univers numérique).

Enfin, de très nombreux et nouveaux « intermédiaires » sont présents dans l'univers numérique, alors qu'ils étaient inexistantes dans l'univers analogique : fournisseurs d'accès, hébergeurs, fournisseurs de solutions logicielles, moteurs de recherche et annuaires, sites de distribution de contenus divers, etc. Ces nouveaux intermédiaires ont développé leurs propres modèles économiques, sans la plupart du temps que soient pris en compte dans ces modèles l'existence des droits de propriété intellectuelle.

A côté de la distribution d'œuvres sous forme physique sur internet (que nous ne traiterons pas directement, mais qui peuvent dans certains secteurs avoir des effets négatifs importants pour les titulaires de droits, notamment dans l'univers du livre), sont ainsi apparues des offres d'achat et/ou de consultation en ligne d'œuvres sous forme numérique.

Les modèles d'affaires initialement mis en œuvre se concentraient autour d'une seule et unique offre, gratuite ou payante. Mais très vite, beaucoup d'entre eux se sont enrichis de nouvelles offres.

Si l'on cherche à en établir une typologie, la première distinction réside dans la différence entre les modèles payants et les modèles « gratuits » pour l'utilisateur.

4 types modèles économiques s'imposent ainsi sur internet, les trois premiers payants, le dernier « gratuit » :

³⁵ Avec l'aide de l'équipe des juristes de l'Adami (Société civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes)

- l' « achat » à l'acte (pour une œuvre) avec téléchargement définitif ;
- la « location » à l'acte (pour une œuvre) avec téléchargement temporaire;
- l'abonnement ;
- l'offre « gratuite ».

Par rapport aux modèles analogiques, les différences majeures des modèles numériques reposent sur la capacité de moduler de nombreuses nuances d'offres selon de nombreux critères, et qui tous au final se résume à offrir plus ou moins d'utilités, d'usages au consommateur, et ce manière beaucoup plus fine que dans l'univers analogique, en combinant différents critères :

- Téléchargement temporaire ou définitif ou sans téléchargement (autre que technique) ;
- Nombre de matériels de lectures autorisés ;
- Nombre de « lectures » autorisées
- Possibilité ou non de « sortir » les fichiers et/ou l'accès de l'éco système du distributeur ;
- Formats des fichiers
- Nombre d'actes autorisés ;
- Abonnement forfaitaire pour un nombre illimité d'œuvres, ou pour un nombre limité sur une certaine période.
- Durée d'utilisation.

En combinant ces critères, les variations des offres sont extrêmement importantes.

Bien que fondamentalement différents, ces modèles présentent quelques traits communs, notamment dans les outils développés afin de stimuler l'achat ou la consultation de contenus protégés tels que :

- les outils de recommandation qui consistent à proposer un certain nombre de contenus pouvant plaire à l'internaute au regard de ceux dont il a déjà fait l'acquisition ou qu'il a déjà consultés ;
- l'offre de contenus à titre exclusif³⁶.

Outre les offres purement payantes (1.1.) ou purement gratuites (1.3.), il convient par ailleurs d'ajouter qu'il existe des offres que l'on pourrait qualifier de « mixtes », composées de propositions commerciales gratuites et payantes (1.2.).

1.1. Les modèles payants

Le modèle économique payant « traditionnel » consiste dans l' « achat » et/ou la « location » (les termes étant utilisés par facilité mais sans prendre parti sur la qualification juridique) à l'acte, qui

³⁶ A titre d'illustration, « près de 90% des programmes audiovisuels sont disponibles sur une seule plateforme », ce qui résulterait des « exclusivités détenues par les services de télévision de rattrapage des chaînes sur la programmation de leur antenne ». De la même manière, 37% des films cinématographiques ne seraient disponibles que sur une plateforme de distribution (Pierre Lescure, Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », rapport page 50).

est autant utilisé dans le secteur des jeux vidéo³⁷ ou de la musique que dans ceux du livre et de l'audiovisuel³⁸.

A titre d'illustration, Apple propose ainsi d'« acheter » à l'unité des livres numériques ou des œuvres musicales. La firme propose également un service d'achat et de location de vidéo à la demande, le tout sur sa plateforme « iTunes Store » sur laquelle a été mis en place un système de recommandation intitulé « Genius ». Son modèle d'offres à l'unité s'enrichira néanmoins bientôt d'une nouvelle offre, cette fois-ci sous forme d'abonnement puisqu'Apple s'apprête à lancer son service de streaming musical « *Beats Music* ».

Le service de distribution de livres numériques d'**Amazon** fonctionnait également uniquement sur ce type de modèle³⁹ jusqu'au lancement de son **offre de streaming « Kindle Unlimited »**.

En l'état, celle-ci permet à ses adhérents de consulter de manière illimitée un large catalogue de livres sous forme numérique moyennant la souscription d'un abonnement payant⁴⁰.

Plus généralement, l'offre *Kindle Unlimited* d'Amazon illustre le développement massif d'offres payantes de contenus sous forme d'abonnement, tout particulièrement en matière audiovisuelle (« vidéo à la demande avec abonnement » ou « VàDA »).

Arrivé en France en septembre 2014, **Netflix** offre par exemple à ses abonnés la possibilité de visionner des films ou séries télévisées moyennant le paiement d'un tarif mensuel. Trois offres d'abonnements sont proposées aux internautes, dont le prix sera plus ou moins élevé selon la qualité de visionnage des vidéos et le nombre d'écrans pouvant être simultanément connectés au service de vidéo à la demande.

Beaucoup des acteurs de la VàDA proposent, outre l'accès en streaming à leur catalogue de contenus, une possibilité de téléchargement de ces mêmes contenus, que ce soit au moyen de deux offres distinctes, ou d'une seule et même offre.

Le recours à l'abonnement payant est également très fréquent dans le domaine du jeu vidéo en ligne, impliquant par ailleurs parfois l'achat préalable de la boîte du jeu. C'est le cas de plusieurs jeux de rôle en ligne massivement multi-joueurs, tel que le célèbre jeu « World of Warcraft ».

1.2. Les modèles mixtes

1.2.1. Les modèles mixtes dans le secteur musical

En matière musicale, **Deezer** a notamment choisi un modèle axé autour de la technique dite du streaming, gratuit ou payant, via la souscription d'un **abonnement**, à l'instar de son concurrent **Spotify**.

³⁷ On parle alors de « **pay-to-play** » (exemple : la plateforme STEAM). A noter que ce modèle peut être assorti d'une offre de **micro-paiement** auquel cas on parlera de « **play and play more** » (ex. : achat d'extensions, encore dénommées « DLC »).

³⁸ La location à l'acte peut faire l'objet d'une offre autonome, modèle qu'on ne retrouve essentiellement qu'en matière de fournitures de contenus audiovisuels (« service de vidéo à la demande » ou « VàD ») et littéraires.

³⁹ C'est encore le cas pour de nombreuses plateformes telles que Youscribe ou encore Youboox.

⁴⁰ L'offre *Kindle Unlimited* a cependant été déclarée contraire à la loi française et devrait être modifiée sous peu cf. *infra*.

Dans ces cas, le modèle économique s'organise autour de deux offres, soit une offre gratuite dont le financement est assurée par la publicité, et une offre payante améliorée, toutes deux conditionnées à des degrés différents par une connexion internet.

L'offre gratuite permet d'accéder à l'intégralité du catalogue de contenus protégés, mais de façon limitée : interruption publicitaire, ou, jusqu'il y a peu, limite du temps d'écoute.

L'offre payante propose également l'accès aux contenus protégés mais dépourvu, moyennant la souscription d'un abonnement payant mensuel, desdites limitations ainsi qu'avec des options supplémentaires telles qu'une qualité sonore améliorée ou encore la possibilité de lire les contenus sans être connecté à internet, ce qui aboutit *in fine* à coupler l'offre de streaming à une offre de téléchargement.

On parle alors de **services Freemium – service gratuit, et Premium – service payant amélioré**.

1.2.2. Les modèles mixtes dans le secteur du jeu vidéo

Ce type de modèle économique est également très fréquent dans le domaine des jeux vidéo, dans lequel on parlera davantage de « **free-to-play** ».

Dans un premier temps, le joueur accède gratuitement au jeu, en ligne ou par téléchargement (*Freemium*), mais se retrouve très vite limité, que ce soit en nombre de parties ou dans le jeu lui-même. Il sera ainsi incité à payer un abonnement afin de ne plus l'être (« **play, stay, pay** »).

Il existe par ailleurs des **modèles semi-gratuits** se caractérisant par l'accès gratuit au jeu vidéo, doublé d'une possibilité de **micro-paiements** afin de se procurer un ou plusieurs avantages.

On parle alors de modèle « **free to play** » ou « **pay-to-win** ». Le jeu « Candy Crush Saga », l'un des plus téléchargés l'an passé, est ainsi disponible gratuitement mais avec un nombre de vie journalier limité, pouvant être augmenté contre le versement d'une somme d'argent. De plus en plus de jeux offrent de la même façon la possibilité de convertir de l'argent réel en argent virtuel afin de se procurer toutes sortes d'avantages.

1.3. Les modèles gratuits

À côté des modèles économiques gratuits et payants, voire exclusivement payants, certains modèles économiques ne se sont bâtis qu'autour d'une **offre gratuite**, tels que ceux de **YouTube** ou encore de **Dailymotion** en matière audiovisuelle, dont le financement des services repose essentiellement sur la publicité.

YouTube a toutefois annoncé que la plateforme proposerait très prochainement une offre d'abonnement payante, s'alignant ainsi sur les modèles de Spotify ou de Deezer. La filiale de Google n'en est en réalité pas à son coup d'essai puisqu'elle propose déjà depuis la fin de l'année

dernière une version bêta de son service de streaming musical payant intitulé « Music Key », dont l'accès est encore aujourd'hui très restreint⁴¹.

On retrouve également des modèles fonctionnant sur une parfaite gratuité dans le jeu vidéo, essentiellement sur le marché des jeux vidéo pour smartphones et/ou tablettes⁴².

C'est également sur ce modèle économique que fonctionnent les sites webs contrefacteurs qui offrent un accès bien souvent gratuit à des contenus protégés par le droit d'auteur sans en avoir demandé préalablement l'autorisation à qui de droit, et dont les éditeurs/hébergeurs s'enrichissent via la publicité. Afin d'assécher précisément les ressources financières de ces sites, une charte des bonnes pratiques a d'ailleurs été signée le 23 mars dernier par un ensemble de professionnels de la publicité.

Ajoutons pour finir qu'internet n'est pas toujours au cœur des nouveaux modèles économiques d'offres de contenus protégés mais qu'il peut n'en constituer qu'une facette.

Les chaînes de télévision proposent ainsi à leurs téléspectateurs de redécouvrir un certain nombre de contenus qu'elles ont déjà diffusés à la télévision au moyen de services en ligne gratuits de **télévision de rattrapage**⁴³. Les contenus proposés en streaming sous toutefois doublement restreints, puisque seulement une partie des contenus diffusés à la télévision seront proposés en streaming et ce, pour une durée limitée.

Bien que très populaires, ces services ne représentent pas à ce jour une réelle menace pour la télévision linéaire, les téléspectateurs déclarant pour plus de la moitié n'y recourir qu'en complément de la télévision linéaire⁴⁴.

2. Le(s)quel(s) de ces modèles économiques ont posé des problèmes juridiques, qui sont, ou ont été, traités par les juges ?

La plus part des modèles économiques susmentionnés sont porteurs de problématiques juridiques importantes.

La première série de problématiques ne porte pas spécifiquement sur le droit d'auteur, mais plus généralement sur l'adéquation des lois régulant les industries culturelles, et notamment dans le domaine de l'audiovisuel ou du livre.

Dans le secteur audiovisuel, l'arrivée de plateformes telles que Netflix amène à s'interroger sur la pertinence de la chronologie des médias telle qu'elle est actuellement envisagée par la loi française. Posent encore des difficultés les distorsions de concurrence impliquées par l'assujettissement des seules chaînes nationales aux obligations de financement de la production audiovisuelle française, à laquelle ne sont bien évidemment pas tenus les diffuseurs de contenus émettant depuis l'étranger.

⁴¹ L'abonnement au service « Music Key » n'est possible que sur invitation.

⁴² <http://www.begeek.fr/ubisoft-signe-infographie-levolution-pratiques-autour-du-jeu-vidéo-103805>

⁴³ On parle encore de « catch-up TV » ou de service de « replay ».

⁴⁴ IDATE, Etude sur les modèles économiques des services de médias audiovisuels à la demande actifs sur le marché français, page 20, juin 2011.

Le marché du livre en ligne n'est pas en reste et l'offre *Kindle Unlimited* d'Amazon a récemment été dénoncée par le Médiateur du livre⁴⁵, rappelant qu'au sens de la loi française, seul l'éditeur peut déterminer le prix d'un livre, peu important que l'on soit ou non sur internet, ou qu'on soit en présence d'offre d'achat à l'acte ou d'abonnement.

2.1. Le statut juridique des plateformes de partage de vidéos

S'il n'a pas eu à se prononcer sur leur modèle économique en lui-même, le juge français a été amené à de nombreuses reprises à se pencher sur l'épineuse question de la qualification juridique des plateformes de partage de contenus telles que YouTube ou Dailymotion : éditeur ou hébergeur ?

Dernièrement, la Cour d'appel de Paris⁴⁶ est ainsi venue asseoir une jurisprudence désormais bien établie, en application de laquelle ces plateformes doivent être considérées comme des hébergeurs « *dès lors qu' [elles n'interviennent] que comme un prestataire intermédiaire dont l'activité est purement technique et passive, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle a priori des données qu'il stocke* », peu important « *l'exploitation commerciale [du] service hébergeur par la publicité* ». Dans ce contexte, celles-ci sont donc autorisées à bénéficier du régime de responsabilité limitée inscrit dans les lois françaises et européennes⁴⁷.

Avaient été, en vain, invoqués pour justifier une qualification d'éditeur « *les cadres de présentation* », « *la mise à disposition d'outils de classification des contenus* » ou encore la mise en avant de contenus sur la page d'accueil de la plateforme en cause, dont il a été en réalité considéré qu'il ne s'agissait que d'une fonctionnalité permettant aux utilisateurs de noter les contenus, et ainsi, de leur offrir une meilleure visibilité.

L'enjeu était de taille puisque l'éventuelle reconnaissance de la qualité d'éditeur des sites communautaires de partage, et donc de leur pleine responsabilité, aurait eu un véritable effet dissuasif et affaibli la force de ce type de modèle économique.

Le juge français a toutefois assorti cette qualification d'hébergeur de limites : dès lors que la plateforme conclut des partenariats avec des utilisateurs générant des revenus dont elle profite et en vertu desquels elle leur offre « *divers services en contrepartie d'une plus grande maîtrise des contenus mis en ligne* », elle outrepassé son statut d'hébergeur et devient éditeur, avec les conséquences juridiques que cela emporte.

2.2. L'illicéité de l'application d'un taux de TVA réduit à la distribution de livres numériques

⁴⁵ Laurence Engel, Médiateur du livre, avis, « La conformité des offres d'abonnement avec accès illimité à la loi du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique », 9 février 2015.

⁴⁶ CA Paris, 2 décembre 2014, n° 13/08052, TF1 e.a. / Dailymotion

⁴⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article 6, I, 2° et Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), article 14.

La directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006⁴⁸ relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, telle que modifiée par une directive de 2009⁴⁹, autorise les pays membres à pratiquer un taux de TVA réduit à 5,5% aux services de fourniture de livres sur tout type de support physique.

Bien qu'une telle mesure ne faisait pas l'unanimité, la loi de finances pour l'année 2011⁵⁰ avait étendu le champ d'application de ce taux réduit à la distribution de livres « *sur tout type de support physique, y compris ceux fournis par téléchargement* », pour le plus grand bonheur des distributeurs de livres numériques.

Par un arrêt en date du 5 mars 2015⁵¹, la Cour de justice de l'Union Européenne a toutefois sommé la France de cesser une telle pratique, estimant que la loi française méconnaissait alors les dispositions européennes précitées.

A cet égard, la Cour rappela que la directive de 2006 exclut que le taux de TVA réduit puisse être applicable aux services fournis par voie électronique, que constitue notamment la fourniture de livres numériques. La Cour soutint par ailleurs qu'au sens de ladite directive, le taux réduit n'est applicable qu'« *à l'opération qui consiste à fournir un livre se trouvant sur un support physique* » et que la circonstance selon laquelle le livre numérique aurait vocation à être lu sur un support physique était sans incidence dès lors que « *le support physique permettant la lecture de ce livre, qui pourrait être qualifié de "bien corporel", est absent lors de la fourniture* »⁵².

2.3. Mesures techniques de protection et interopérabilité

Nombreux sont les distributeurs de contenus protégés à recourir à des mesures techniques de protection (ci-après « MTP ») afin d'éviter que leurs contenus puissent être acquis de manière illégale, ou être proposés, après leur acquisition, sur des canaux de distributions illégaux.

Si ces mesures sont dans leur principe parfaitement légitimes, les lois européennes et françaises interdisent qu'elles puissent avoir pour effet de limiter la possibilité pour les consommateurs de lire ou d'exécuter lesdits contenus sur plusieurs supports.

« *Par exemple, s'agissant des livres numériques, si le format ePub est très répandu et reconnu par de nombreuses liseuses et de nombreux logiciels, le distributeur qui vend un fichier en format ePub [pourrait, mais ne devrait pas] y apposer des MTP qui empêcheront de lire ce fichiers sur d'autres terminaux que ceux de sa propre marque* »⁵³.

Tandis qu'un étudiant en informatique était poursuivi pour avoir mis en ligne un logiciel visant à détourner les MTP intégrées aux contenus diffusés en streaming sur la plateforme Deezer, celui-ci avait ainsi tenté de faire valoir que ces mesures constituaient un obstacle à l'exigence légale d'interopérabilité.

⁴⁸ Directive I2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, annexe III, 6°.

⁴⁹ Directive 2009/162/UE du Conseil modifiant diverses dispositions de la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.

⁵⁰ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, article 25.

⁵¹ CJUE, 5 mars 2015, C-479/13, Commission européenne / France.

⁵² CJUE, 5 mars 2015, C-479/13, Commission européenne / France, points 27 et suivants.

⁵³ Pierre Lescure, Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », rapport, page 199.

Par un jugement rendu en date du 28 juillet 2013⁵⁴, l'étudiant fut toutefois déclaré coupable, entre autres, « *pour les faits de proposition ou fourniture de moyens conçus ou adaptés pour supprimer ou modifier un élément d'information sur le régime des droits d'une œuvre pour porter, dissimuler ou faciliter une atteinte au droit d'auteur* » et « *pour les faits d'atteinte à une mesure technique efficace afin d'altérer la protection d'une interprétation d'un programme, phonogramme ou vidéogramme par une intervention personnelle* ».

En effet, l'article L.331-5 alinéa 4 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité dans le respect du droit d'auteur* ».

Ainsi, le texte subordonne la mise en œuvre de l'exigence d'interopérabilité au respect du droit d'auteur, condition que ne satisfaisait bien évidemment pas le logiciel mis en place par l'étudiant qui ne respectait pas non seulement les règles de fonctionnement de la plateforme Deezer, mais encore les droits des auteurs des contenus de son catalogue.

En réalité, plus qu'un droit des consommateurs, l'interopérabilité doit davantage s'analyser comme « *un droit reconnu au profit des professionnels souhaitant développer des systèmes interopérables* », ce dont il résulte notamment que l'autorité compétente en la matière ne peut être saisie que par ces mêmes professionnels⁵⁵.

Cette approche de l'exigence d'interopérabilité explique d'ailleurs que de très nombreux contenus ne soient actuellement pas lisibles sur tous supports et surtout dans tous les écosystèmes des « distributeurs ».

Dans le domaine du jeu vidéo par exemple, beaucoup de jeux sont développés à partir de la bibliothèque logicielle « Direct 3D » impliquant qu'ils ne peuvent être installés que sur des systèmes d'exploitation Windows, à la différence des jeux développés à partir de « OpenGL » qui peuvent être installés sur tous systèmes d'exploitation.

De la même manière, en matière audiovisuelle, les contenus téléchargés via iTunes Store ne peuvent être lus sur un autre lecteur qu'iTunes, à la différence des contenus musicaux.

Dans le secteur du livre, de grands distributeurs vont jusqu'à imposer aux auteurs/éditeurs la mise en place de MTP restreignant toute possibilité d'interopérabilité avec d'autres supports que ceux commercialisés sous leur marque.

Ces pratiques posent un vrai problème de légitimité de la propriété intellectuelle, car le public assimile les MTP protégeant des modèles de distribution (type Apple ou Amazon) aux MTP mis en place par les titulaires de droits.

L'importance de bien distinguer les deux types de restrictions a été pris en compte en France dans le domaine de l'édition numérique, l'accord-cadre rendu obligatoire à tout le secteur de l'édition littéraire par arrêté du Ministre de la Culture et de la communication en date du 10 décembre 2014 contraignant tout éditeur à rendre le livre numérique dont il est chargé de

⁵⁴ TGI Nîmes, 28 juin 2013, Blogmusik Sacem e.a. / Jérôme G.

⁵⁵ Pierre Lescure, Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », rapport, page 199.

l'exploitation « accessible dans un format technique exploitable en tenant compte des formats usuels du marché et de leur évolution, et dans au moins un format non propriétaire »⁵⁶.

2.4. L'encadrement de la rémunération

En matière de droit d'auteur, les questions juridiques majeures portent sur l'adéquation des textes actuels sur la rémunération des auteurs.

La loi française pose le principe d'une rémunération proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation ou de la vente de l'œuvre (article L. 131 – 3 du Code de la propriété intellectuelle).

La Cour de cassation a précisé à de nombreuses reprises que les recettes devaient s'entendre du prix hors taxes payé par le public (et non des recettes distributeurs ou d'autres assiettes).

Il existe néanmoins de nombreuses exceptions à ce principe, permettant de prévoir un forfait en contrepartie d'une cession de droits d'auteurs au travers, soit d'exceptions générales, soit d'exceptions particulières au contrat d'édition, étant précisé que ce forfait peut être révisé au cours de son exécution.

Compte tenu de très nombreux modèles économiques des nouvelles offres numériques, un des points majeurs des débats est de savoir :

Si l'auteur doit être rémunéré et par qui ?

Et

Comment l'auteur doit être rémunéré dans le cadre de ces nouvelles offres (cf. *infra*) ?

3. Y-a-t-il dans votre pays des offres qui sont basées sur des forfaits, des paiements au clic ou d'autres modèles de micro-paiement ? Veuillez indiquer la popularité de chacun de ces modèles du point de vue des offrants et des utilisateurs.

Comme vu précédemment, de nombreux modèles d'offres de contenus protégés sont basés sur des forfaits et/ou des micro-paiements. De manière générale, le forfait, ou l'abonnement, a connu un grand essor bien que le paiement à l'acte demeure souvent la source de revenus la plus fructueuse.

3.1. La popularité des offres de forfait en France

Ces offres sont très répandues, notamment dans le secteur audiovisuel bien qu'elles ne remportent pas le succès escompté.

Pour l'année 2010, une étude réalisée par l'IDATE et publiée par le CSA⁵⁷ rapportait ainsi que la location à l'acte représentait 93,3% du chiffre d'affaire annuel généré par cette forme d'exploitation, contre 6,7% seulement pour les services de vidéos à la demande par abonnement.

⁵⁶ Arrêté du 10 décembre 2014 pris en application de l'article L. 132-17-8 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 1er décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre.

⁵⁷ IDATE, Etude sur les modèles économiques des services de médias audiovisuels à la demande actifs sur le marché français, pages 15 et 16, juin 2011.

Une étude plus récente aboutit au même constat, tout en relevant une légère baisse de la progression annuelle des revenus générés par le paiement à l'acte, à la différence des services de vidéo à la demande par abonnement⁵⁸.

Dans le domaine du jeu vidéo, si ces offres sont également devenues très fréquentes, une étude publiée en décembre 2014 par la Hadopi prévoit une expansion du modèle « *free-to-play* » au détriment de l'abonnement payant, tout en insistant sur les risques générés par un tel modèle économique⁵⁹.

A noter que l'offre « *pay-to-play* », qui consiste donc dans l'achat à l'unité, demeure plus rentable que le « *free-to-play* »⁶⁰ s'agissant du marché des consoles et des PC, à la différence du marché des tablettes et smartphones dans lequel le « *free-to-play* » rapporte le plus⁶¹.

Le domaine dans lequel l'abonnement rencontre le plus grand succès est celui de la musique.

Entre 2011 et 2014, le nombre d'abonnés à un service de streaming audio a ainsi connu une croissance de 35%⁶², dépassant les deux millions. Plus généralement, cette année-là, le streaming est devenu le premier revenu de marché numérique, dépassant le téléchargement à l'acte.

Enfin dans le domaine du livre, les abonnements peinent à séduire, que ce soit du point de vue des offrants ou des utilisateurs.

L'offre *Unlimited Kindle* a notamment été très mal accueillie et une grande majorité des éditeurs français n'a pas souhaité y adhérer⁶³. Actuellement, ses partenaires français ne sont donc pratiquement que des auteurs autoédités.

Compte tenu de la date de lancement de l'offre *Kindle Unlimited* en France, il n'est pas encore possible de se prononcer sur le succès qu'elle remporterait auprès des internautes. On peut toutefois relever qu'en mars 2014, seulement 7% des lecteurs en ligne avaient choisi une offre sous forme d'abonnement, contre 65% ayant opté pour l'achat à l'acte⁶⁴.

3.2. La popularité des offres « gratuites » financées par la publicité en France

Les modèles basés sur de telles offres les plus populaires sont ceux des plateformes telles que YouTube ou Dailymotion qui proposent, entre autres, le visionnage de clips musicaux et quelques autres contenus professionnels.

Dans la mesure où leur rentabilité dépend de leur popularité, ce sont également les modèles de ces plateformes qui s'avèrent être les plus rentables, en tout cas pour elles.

⁵⁸ http://www.xerfi.com/presentationetude/Edition-location-et-distribution-video_4DIS11, à propos de Xerfi France, Etude, « Edition, location et distribution vidéo », septembre 2014.

⁵⁹ Hadopi, Etude, « le jeu vidéo dématérialisé », Rapport de l'étude économique de cadrage, page 48, décembre 2014.

⁶⁰ A titre d'illustration, en 2014, 58% des revenus générés par l'exploitation de jeux-vidéos massivement multi-joueurs en Europe de l'Ouest ont été générés par des offres « *pay-to-play* », contre 42% pour les offres « *free-to-play* » (Newzoo, « Global Games Market Report », novembre 2014).

⁶¹ CNC, « les pratiques de consommation des jeux vidéo des Français », page 18, 18 novembre 2014.

⁶² SNEP, « Le marché de la musique enregistrée », février 2015.

⁶³ Alexandre Joux, « Amazon se met d'accord avec Hachette mais s'attire les foudres avec Kindle Unlimited », La revue européenne des médias et du numérique, n°33, Hiver 2014-2015.

⁶⁴ SNE, Sofia, SGDL, « Baromètre sur les usages du livre numérique », mars 2014.

Il convient de comptabiliser dans ce type de modèles les jeux vidéo proposés gratuitement et dont la rentabilité ne dépend que de la publicité, très populaires sur les smartphones et tablettes (cf. *supra*).

3.3. La popularité des offres de micro-paiement en France

A titre liminaire, il convient de rappeler que le micro-paiement ne constitue pas un modèle économique en soit, mais une des composantes de nombreux modèles économiques essentiellement mis en œuvre dans le secteur du jeu vidéo.

Comme vu précédemment, il existe deux types de modèles intégrant du micro-paiement. Pour une partie d'entre eux, le micro-paiement accompagne une offre initialement gratuite tandis que pour l'autre, il s'ajoute à une offre initialement payante.

En tout état de cause, le micro-paiement rencontre un très grand succès. A cet égard, le rapport de la Hadopi susmentionné conclut que « *Le changement [qui traverse le marché du jeu vidéo] est total, à tous les niveaux : le modèle économique n'est plus celui de l'achat à l'acte, mais du micro paiement ou de l'abonnement [...] »*⁶⁵.

Dans le même sens, une étude menée par Ubisoft révélait en septembre 2013 que parmi les 100 jeux français les plus rentables, 95% d'entre eux étaient des jeux proposés sous forme d'applications gratuites avec micro-paiements⁶⁶.

4. Dans le cadre de ces modèles économiques, comment les auteurs et les artistes-interprètes sont rémunérés ?

Avant toute observation, se pose la question de l'établissement d'une juste rémunération des créateurs dans le cadre d'offres sous forme d'abonnement, laquelle amène à s'interroger sur d'éventuels mécanismes susceptibles de leur assurer une rémunération équivalente à celle tirée des formes d'exploitation à l'unité de contenus protégés.

A titre de comparaison, le code du cinéma et de l'image animée soumet les offres d'abonnement d'accès illimité au cinéma à un agrément préalable dont la condition principale consiste dans la reconstitution d'un prix de référence par place. Celui-ci servira ensuite d'assiette à la rémunération du distributeur et des ayants droit, étant précisé que « *Le taux de participation proportionnelle aux recettes [doit être] identique au taux convenu pour les entrées vendues à l'unité »*⁶⁷.

Afin que le prix de référence soit le plus réaliste possible, la loi prévoit que ce prix doit être « *fixé en tenant compte de l'évolution du prix moyen des entrées vendues à l'unité par l'exploitant, de la situation du marché de l'exploitation et des effets constatés et attendus de la formule d'accès »*⁶⁸.

⁶⁵ Hadopi, Etude, « le jeu vidéo dématérialisé », Rapport de l'étude économique de cadrage, page 52, décembre 2014.

⁶⁶ <http://www.begeek.fr/ubisoft-signe-infographie-levolution-pratiques-autour-du-jeu-video-103805>

⁶⁷ Article L.212-27 et suivants du code du cinéma et de l'image animée.

⁶⁸ Article L.212-28 du code du cinéma et de l'image animée.

Si ce mécanisme est spécifique au secteur cinématographique, rien n'interdit de penser qu'il pourrait un jour être étendu à d'autres formes d'exploitations de contenus protégés et ce, d'autant plus que les auteurs et artistes-interprètes alertent régulièrement sur l'inadéquation entre leur rémunération et l'exploitation réelle des contenus protégés en ligne. De nombreux rapports préconisent pour leur part l'élaboration d'accords collectifs, secteur par secteur, éventuellement conjugués à un système de gestion collective obligatoire⁶⁹.

4.1. La rémunération des auteurs

Comme dit précédemment, l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle pose le principe d'une rémunération proportionnelle des auteurs, assise sur les « *recettes de la vente ou de l'exploitation* ».

Il existe néanmoins quelques hypothèses dans lesquelles la rémunération peut être forfaitaire, qui sont pour certaines légales⁷⁰ et pour d'autres jurisprudentielles.

A cet égard, la Cour de justice de l'Union Européenne a en effet jugé dans un arrêt rendu en date du 11 décembre 2008 que la pratique d'une rémunération proportionnelle assise sur le chiffre d'affaires d'un utilisateur pouvait revêtir un caractère abusif « *notamment lorsqu'il existe une autre méthode permettant d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation [des œuvres] ainsi que l'audience et que cette méthode est susceptible de réaliser le même but légitime, qui est la protection des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique [...]* »⁷¹.

Cette décision est d'autant plus fondamentale transposée à l'univers numérique, où les modèles économiques mis en œuvre sont très divers et s'organisent autour de mécanismes de financement tout à fait originaux.

Une des grandes particularités de l'univers numérique est que derrière toute gratuité pour l'utilisateur, se cachent en réalité d'autres types de valorisation qui ne sont pas nécessairement appréhendés par le droit.

Aux flux financiers dégagés à partir du prix payé par le public ou même des recettes publicitaires liées à l'offre de contenus, s'ajoutent ainsi les mécanismes de valorisation au capital des sociétés, ce qui rend encore plus difficile l'appréhension de ces recettes par l'utilisateur.

Il existe encore d'autres mécanismes de valorisation, notamment à travers le partage des données personnelles⁷².

Concernant le mode de gestion des droits des auteurs, individuel ou collectif, il diffère bien évidemment selon la nature des œuvres. Tel qu'exposé ci-après, la gestion collective est plus répandue dans les secteurs musical et audiovisuel qu'elle ne l'est dans les domaines de la littérature et du jeu vidéo.

⁶⁹ A titre d'illustration, voir Pierre Lescure, Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », rapport, page 236.

⁷⁰ Articles L. 131-4 et L. 132-6 du code de la propriété intellectuelle.

⁷¹ Cour de justice de l'Union Européenne, 11 décembre 2008, aff. C-52/07, Kanal R Ltd e .a. c/ STIM, point 40.

⁷² A ce propos, voir notamment Valérie-Laure Benabou et Judith Rochfeld, « A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique », *Odile Jacob*, mai 2015.

D'une manière générale, la question de l'adaptation du cadre juridique pour assurer une meilleure participation des auteurs au partage de la valeur est centrale et essentielle aujourd'hui.

Les différents mécanismes légaux possibles sont les suivants :

- L'accord individuel encadré par la loi (modèle édition littéraire et numérique)
- L'accord collectif (modèle journaliste professionnel)
- La gestion collective obligatoire (modèle reprographie ou prêt public payant)
- Le droit à rémunération (modèle licence légale en droits voisins ou copie privée)
- Participation financière déconnectée du droit d'auteur mais fléchée vers l'industrie culturelle.

Dans le cadre du présent questionnaire, il est difficile de faire le panorama complet de l'application des nombreux mécanismes pratiques de rémunération. Quelques exemples seront donnés ci-après sans aucune prétention à l'exhaustivité).

4.1.1. La rémunération des auteurs dans le cadre de l'offre en ligne d'œuvres musicales

Le plus souvent, les plateformes qui proposent une offre de musique en ligne ont conclu un contrat avec la Société des Auteurs, Editeurs et Compositeurs de Music (Sacem) afin d'accéder à son répertoire d'œuvres musicales. La rémunération des auteurs passe donc par un mécanisme de gestion collective.

Pour un abonnement mensuel à 9,99 euros, tarif pratiqué tant par Deezer que Spotify, les auteurs se répartiraient 1 euro⁷³. Pour ce qui concerne l'achat à l'acte, les auteurs se répartiraient 7 centimes d'euros sur un prix d'achat de 0,99 euros, soit 7% du prix d'achat⁷⁴.

4.1.2. La rémunération des auteurs dans le cadre de l'offre en ligne d'œuvres audiovisuelles

La rémunération des auteurs est, là encore, le plus souvent gérée par un mécanisme de gestion collective, et est perçue pour leur compte par la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), la Société Civile des Auteurs Multimédia (SCAM) ainsi que par la société des Auteurs Dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP).

Aux termes du protocole d'accord conclu le 12 octobre 1999, il a ainsi été convenu que les auteurs perçoivent, au minimum, 1,75% du prix hors taxes payé par le public en matière de vidéo à la demande à l'acte⁷⁵.

En 2009, cet accord a toutefois été dénoncé par trois des quatre syndicats de producteurs cinématographiques qui en avaient été signataires.

⁷³ <http://www.numerama.com/magazine/31160-deezer-spotify-l-inequite-de-l-offre-legale-denoncee-par-les-musiciens.html> (source : ADAMI) ; voir également http://www.android.com/applications/265988_le-streaming-musical-prend-aujourd'hui-le-pas-sur-le-telechargement-definitif (source : SNEP).

⁷⁴ <http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20111201.OBS5830/sur-itunes-auteurs-compositeurs-et-editeurs-se-partagent-7-centimes-d-euro.html>

⁷⁵ <http://www.sacd.fr/La-remuneration-CD-DVD-VOD.70.0.html> ; voir également CNC, L'économie de la VOD en France, page 50, mars 2008.

Dans les hypothèses de gestion individuelle, les auteurs seraient rémunérés de façon moins avantageuse, avec « *un taux souvent inférieur à 1% et [une] rémunération imputée sur les [minimums garantis]* »⁷⁶.

S'agissant des offres payantes de VàDA, les auteurs toucheraient une rémunération au prorata des diffusions, assise cette fois-ci sur les recettes d'abonnement et perçue directement auprès des plateformes par la SACD et la SCAM. Elle oscillerait entre 5 à 8%⁷⁷.

De la même façon, la SACD et la SCAM ont conclu des accords avec les plateformes qui proposent des offres totalement gratuites telles que YouTube et Dailymotion. Si le pourcentage de rémunération reversé aux auteurs n'est pas connu, on sait en revanche que celui-ci est prélevé sur une assiette intégrant les recettes publicitaires générées par la diffusion des contenus.

On relèvera d'ailleurs l'opacité des accords conclus par les sociétés d'auteurs avec les nouveaux opérateurs, les signataires de ces accords se retranchant derrière le secret des affaires pour refuser de communiquer les conditions de rémunération des auteurs, y compris aux auteurs eux-mêmes.

4.1.3. La rémunération des auteurs dans le cadre de l'offre en ligne de livres

Traditionnellement, la rémunération de l'auteur tirée de l'exploitation de son livre sous une forme physique est de 10% à 15% du prix de vente au public hors taxes⁷⁸.

En matière d'achat à l'acte de livres numériques, une étude⁷⁹ rapporte que 50% des éditeurs pratiquent une rémunération identique à celle due à l'auteur au titre de l'exploitation de son œuvre sous une forme physique. Pour les 50% restants, l'étude révèle que la rémunération de l'auteur serait majorée de 50% pour 62,5% des éditeurs concernés.

S'agissant des offres d'abonnement ayant pour objet des livres numériques, le Code des usages signé entre le Syndicat national de l'édition et le Conseil permanent des écrivains sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, rendu obligatoire à tout le secteur de l'édition par arrêté ministériel du 10 décembre 2014, impose que la rémunération due aux auteurs soit calculée « *sur la base du prix payé par le public au prorata des consultations et des téléchargements de l'œuvre [...]. Dans l'hypothèse où l'éditeur ne serait pas en mesure d'effectuer ce calcul, l'auteur sera rémunéré sur les recettes encaissées par l'éditeur au prorata des consultations et des téléchargements de l'œuvre* »⁸⁰.

On pourra faire remarquer que ce mode de répartition uniquement basé sur les consultations implique qu'aucune rémunération n'est versée aux auteurs dont les œuvres sont proposées sur la plateforme, mais ne font pas l'objet d'une consultation. Pourtant les œuvres sont bien reproduites sur les serveurs de la plateforme, raison pour laquelle dans d'autres secteurs (photo, audiovisuel), les auteurs perçoivent non seulement en cas de consultation, mais aussi du fait de la présence de leurs œuvres dans l'offre.

⁷⁶ Pierre Lescure, Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », rapport, page 234.

⁷⁷ CSA, Etude sur les modèles économiques des services de médias audiovisuels à la demande actifs sur le marché français, page 78, 15 juin 2011.

⁷⁸ <http://www.sgdl.org/juridique/la-minute-juridique-de-la-sgdl-sur-webtv/778-la-chaine-du-livre>

⁷⁹ KMPG, Baromètre 2014 de l'offre de livres numériques en France, mars 2014.

⁸⁰ SNE et CPE, Code des usages, article 5 - Modalités de calcul de la rémunération provenant de la commercialisation et de la diffusion numérique en l'absence de prix de vente à l'unité, 1^{er} décembre 2014.

Concernant plus spécialement l'offre par abonnement *Kindle Unlimited* qui, on le rappelle, a été déclarée non conforme à la loi française, la rémunération due aux auteurs serait équivalente à celle due en cas d'achat du livre, sous réserve que le lecteur ait lu au moins 10% du livre numérique⁸¹. Les analyses ayant pu être réalisées à l'étranger avec un temps de recul adéquat ont plutôt tendance à conclure que ce modèle économique s'avère désavantageux pour les auteurs.

4.1.4. La rémunération des auteurs dans le cadre de l'offre en ligne de jeux vidéo

En France, la grande majorité des auteurs de jeux vidéo ne pas sont rémunérés par un intéressement aux résultats du jeu, en contrepartie d'une cession de leurs droits au profit des éditeurs desdits jeux, exception faite des compositeurs de musique qui sont pour leur part rémunérés en droit d'auteur par la Sacem lorsqu'ils sont membres de cette société.

Toutefois, il existe d'autres mécanismes de valorisation des auteurs dans ce secteur, souvent fondé sur des accords d'entreprise plus proches des mécanismes de droit du travail que du droit d'auteur.

Un rapport sénatorial publié en 2013⁸² soutenait que cette situation semblait contenter les auteurs de jeux vidéo français, relevant un très faible nombre de contentieux en la matière.

4.2. La rémunération des artistes-interprètes

4.2.1. La rémunération des artistes-interprètes de la musique dans le cadre des nouveaux modèles économiques de fourniture/d'offre d'œuvres sur internet

A la différence des auteurs, il n'existe pas d'obligation de rémunération proportionnelle au profit des artistes-interprètes, laquelle résulte, dans la plupart des cas, du contrat d'engagement de l'artiste-interprète par le producteur de phonogramme en qualité de salarié conformément à la présomption de salariat posée par l'article L. 7121-3 du code du travail.

Le contrat de travail, communément appelé « contrat d'enregistrement », régit donc les relations entre l'artiste et son producteur, et notamment les modalités de rémunération de l'artiste au titre des exploitations de l'enregistrement auquel il a participé (4.2.1.1.).

Il existe toutefois des cas dans lesquels l'artiste sort de ce régime du salariat soit en exerçant son activité « dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce » (article L. 7121-3 du code du travail), soit en qualité d'auto-producteur (4.2.1.2.).

4.2.1.1. L'artiste-interprète engagé par un producteur de phonogrammes

La rémunération de l'artiste-interprète pour la fixation et l'exploitation de ses prestations enregistrées est définie dans le contrat d'enregistrement que ce dernier a négocié avec le

⁸¹ <http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20140722.OBS4409/amazon-scribd-youboox-la-course-aux-ebooks-en-illimite.html>

⁸² André Gattolin et Bruno Retailleau, Sénat, Rapport d'information n°85, « Jeux vidéo : une industrie culturelle innovante pour nos territoires », 18 septembre 2013, pages 54 et 55.

producteur lors de son engagement, dans le respect le cas échéant de la convention ou accord collectif applicable.

En effet, par son statut de salarié, les relations entre l'artiste-interprète et son producteur sont fortement empreintes du droit du travail. Il en est résulté la conclusion, dans les différents domaines artistiques (musique, audiovisuel, etc.), d'un certain nombre de conventions ou accords collectifs venant régir en tout ou partie les relations entre l'artiste-interprète et son employeur, le producteur.

C'est le cas dans le domaine de l'édition phonographique avec la [convention collective nationale de l'édition phonographique \(CCNEP\) du 30 juin 2008 étendue par arrêté du 20 mars 2009](#) (ci-après la « Convention collective »).

La rémunération de l'artiste-interprète au titre de l'exploitation de ses enregistrements sur Internet sera donc régie par les dispositions du contrat d'enregistrement sous réserve des dispositions de la Convention Collective.

- **Ce que prévoit la convention collective de l'édition phonographique**

La Convention Collective consacre son Annexe 3 aux artistes-interprètes. Après avoir défini dans son titre I ce qu'il faut entendre par artiste-interprète, et notamment par artiste-interprète principal, elle prévoit dans ses deux titres suivants des dispositions spécifiques :

- (i) D'une part aux artistes-interprètes principaux, chefs d'orchestre, chefs de chœur, diseurs, artistes dramatiques, ainsi qu'aux artistes engagés pour la réalisation d'un vidéoclip dont l'interprétation ne fait pas l'objet d'une fixation sonore (titre II) ;
- (ii) D'autre part aux artistes musiciens, artistes des chœurs et artistes choristes (titre III).

S'agissant des artistes relevant du titre II et notamment des artistes interprètes principaux (ci-après dénommés ensemble les « artistes principaux »), la Convention Collective ne traite que des conditions d'engagement et de rémunération de l'artiste au stade de l'enregistrement du phonogramme (fixation des prestations) mais ne prévoit pas de dispositions relatives à la rémunération de l'artiste au titre de l'exploitation dudit enregistrement.

Les conditions de rémunération de ces artistes pour l'exploitation de leurs enregistrements, notamment sur Internet, relèvent donc uniquement des dispositions prévues de gré à gré dans le contrat d'enregistrement.

Il en va différemment pour les artistes relevant du titre II (les artistes musiciens, artistes des chœurs et artistes choristes) pour lesquels la Convention Collective traite non seulement de leurs conditions d'engagement mais également des rémunérations qui leur sont dues pour l'exploitation de leurs prestations enregistrées.

Ainsi, la Convention Collective a établi une nomenclature des différents modes d'exploitation de l'enregistrement (modes A à F) avec pour chacun de ces modes d'exploitation des modalités particulières de rémunération.

Les exploitations en ligne relèvent principalement du mode d'exploitation A, qui recouvre notamment « la mise à disposition du public sous forme immatérielle d'exemplaires de phonogrammes communiqués à la demande par un service de communication électronique,

notamment par voie de téléchargement ou de flux continu interactif (« streaming »), telle que prévue à l'article 3.2 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 ».

La Convention Collective prévoit que le salaire versé au titre de la fixation de l'enregistrement inclut/comprend la rémunération du mode d'exploitation A (y-compris donc les exploitations en ligne).

L'artiste-interprète, notamment l'artiste musicien, ne devrait donc pas toucher de rémunération spécifique au titre des exploitations sur Internet, sauf le cas échéant conclusion d'un contrat d'engagement plus favorable, ce qui est très rare en pratique.

Il convient enfin de préciser que les rémunérations prévues par la Convention Collective sont des minimas, le contrat d'enregistrement pouvant prévoir des rémunérations plus importantes.

- **Le contrat d'enregistrement de l'artiste-interprète principal ou soliste**

Outre le salaire de l'artiste-interprète pour la fixation de sa prestation, le contrat d'enregistrement prévoit les redevances qui lui sont dues au titre de l'exploitation de l'enregistrement ainsi réalisé.

Il existe différents types de contrats d'enregistrement qui, selon leur rédaction, prévoient ou non l'exploitation des prestations enregistrées de l'artiste-interprète sur Internet. Ainsi, on retrouve généralement les trois situations suivantes :

- Le contrat d'enregistrement ne prévoit pas la cession des droits de l'artiste-interprète pour une exploitation de ses prestations sur internet ;
- Le contrat d'enregistrement prévoit la cession de ses droits pour une exploitation de ses prestations sur internet, sans l'assortir d'une redevance ;
- Le contrat d'enregistrement prévoit la cession de ses droits pour une exploitation de ses prestations sur internet, en l'assortissant d'une redevance.

Dans les deux premiers cas, le producteur ne pourra exploiter l'enregistrement sur Internet sans revenir au préalable vers l'artiste-interprète pour compléter le contrat en ce qui concerne les exploitations sur Internet et/ou leur rémunération.

L'étude d'un certain nombre de contrats d'enregistrement, qui prévoient une cession de droit pour les exploitations internet et une rémunération correspondante, fait ressortir les points et réflexions suivants :

La clause de cession de droits est rédigée de manière très générale englobant tous les types d'exploitations qu'ils soient physiques ou dématérialisés. Ainsi par exemple l'artiste-interprète autorise le producteur à reproduire ses prestations « *sous forme de supports phonographiques, par tous procédés techniques et sur tous supports connus ou inconnus à ce jour (notamment numériques) [...]* » et à communiquer au public les « *interprétations de l'ARTISTE au moyen des phonogrammes, par tous moyens connus ou inconnus à ce jour, notamment par diffusion radio électrique, télédiffusion, Internet [...]* » ;

Il en va de même pour la clause relative aux redevances, qui est elle aussi rédigée de façon suffisamment large pour prévoir une seule rémunération pour tous les types d'exploitation sur internet prévus au contrat. Elle inclut généralement le streaming et le téléchargement.

La redevance due à l'artiste-interprète est généralement égale au taux de base prévu pour les ventes physiques (variant de 10 à 35%) appliquée sur une assiette qui peut être, selon les types d'exploitation ou les contrats, « le prix de gros catalogue hors taxes », « les recettes nettes encaissées » ou « les sommes nettes hors taxes ». Etant précisé que ces définitions ne sont pas uniformes et peuvent varier selon les contrats.

De même, selon les contrats, on peut retrouver des définitions telles que celles de la mise à disposition du public, du téléchargement ou du streaming. Certains contrats prévoient également un système d'équivalence entre supports physiques et supports dématérialisés ainsi que l'application d'abattements pour le calcul de la rémunération.

Un certain nombre de remarques pourraient être formulées quant à la rédaction de ces clauses.

La rédaction de ces clauses, incluant le streaming et le téléchargement, ne permet ni de connaître ni distinguer réellement ces prestations des artistes et de connaître précisément la rémunération versée à l'artiste-interprète est bien proportionnée.

4.2.1.2. Le cas particulier de l'artiste-interprète producteur

Lorsque l'artiste exerce son activité de manière indépendante, « *dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce* » (article L. 7121-3 du code du travail), il va directement licencier l'enregistrement qu'il aura produit à un producteur qui en assurera la promotion et la distribution, ou à un éditeur de musique en ligne.

Dans ce cas, sa rémunération sera fonction de l'accord de distribution numérique qu'il aura conclu avec et se déterminera dans un cadre contractuel de nature commerciale, selon le modèle des accords de distribution, qui peuvent prévoir un minimum garanti et une redevance calculée sur les recettes nettes de l'agrégateur de contenus ou de l'éditeur de musique en ligne.

Dans ce cas le partage peut se faire à concurrence de 50/50 si ce dernier à la charge de l'intégralité de la numérisation et de la promotion, calculé sur la recette nette (hors taxes et commission de l'agrégateur).

Dans l'hypothèse d'une licence directe de répertoire avec une plate-forme de streaming, la répartition usuelle des recettes (à la valeur du clic qui varie considérablement selon les plates-formes et les abonnements) se fait à concurrence de 70/30 en faveur de l'artiste-producteur.

4.2.2. La rémunération des artistes-interprètes de l'audiovisuel dans le cadre des nouveaux modèles économiques de fourniture/d'offre d'œuvres sur internet

La négociation du contrat d'engagement a pour effet de favoriser les « têtes d'affiches » au détriment de la rentabilité du film et de la rémunération des autres artistes-interprètes y participant. (4.2.2.1) Beaucoup d'artistes-interprètes doivent se contenter d'une (potentielle) rémunération complémentaire au titre d'accords collectifs. (4.2.2.2)

Toutefois les nouveaux modèles économiques ne sont pas distingués en tant que tels dans les clauses de rémunérations de ces actes, les artistes étant rémunérés sur la base des recettes du producteur sans précision du modèle économique à l'origine de celles-ci (vente à l'acte, quote-part résultant d'un abonnement à une plateforme SVOD).

Comme dans le secteur de la musique, les artistes-interprètes, même si cela est plus marginal, peuvent également endosser la casquette de producteur.

4.2.2.1. La rémunération de l'artiste-interprète issue du contrat d'engagement

En application de l'article L. 212-4 du Code de la propriété intellectuelle, le producteur d'une œuvre audiovisuelle bénéficie d'une présomption de cession des droits voisins de l'artiste-interprète: « *La signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète* ».

Si la partie « droit du travail » du contrat (conditions de travail et salaire minimum d'engagement), comme dans le secteur sonore, est règlementée par les conventions collectives du cinéma et de la télévision, la liberté contractuelle régit le cadre de la négociation, étant précisé que comme pour les artistes de musique la rémunération n'a pas à être obligatoirement proportionnelle.

Bien souvent l'artiste-interprète cède l'ensemble de ses droits exclusifs pour une somme forfaitaire pour le monde entier, pour la durée légale de ses droits et pour tout mode d'exploitation secondaire, à la fois ceux connus et inconnus au jour de la signature du contrat.

La seule obligation légale incombant au producteur de l'œuvre audiovisuelle est que cette rémunération forfaitaire soit décomposée en autant de rémunération distincte que de mode d'exploitation de l'œuvre, en application de l'article L. 212-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Les conditions de rémunérations au titre des exploitations dans l'environnement numérique sont donc très différentes selon les artistes-interprètes selon le potentiel succès de l'œuvre ou à sa propre notoriété.

Tout type de proportionnalité est envisageable :

- intéressement sur la recette nette part producteur
- pourcentage plus élevé sur les recettes nettes après amortissement,
- parts de producteur
- pourcentage sur les recettes salles, sur les ventes de dvds, sur les exploitations numériques...

Ces intéressements aux recettes sont publiés en France au registre de la cinématographie et de l'audiovisuel.

Il est à noter qu'en France, régulièrement, les agents d'artistes, bénéficient aussi de ses rémunérations complémentaires négociées pour les têtes d'affiches qu'ils représentent.

A titre d'exemple de détail de rémunération complémentaire, englobant les exploitations numériques, un acteur français avait négocié en plus de son contrat d'engagement :

- une avance de 144 000 € bruts ;
- 1,44 % sur les recettes nettes part producteur jusqu'à 144 000 € bruts à provenir de l'exploitation cinéma, TV, vidéogrammes, exploitation par tout autre mode connu ou inconnu y compris exploitation en ligne – internet et vidéo à la demande ;
- 0,4 % sur les recettes nettes part producteur au-delà de 144 000 € bruts à provenir de l'exploitation cinéma, TV, vidéogrammes, exploitation par tout autre mode connu ou inconnu y compris exploitation en ligne – internet et vidéo à la demande ;
- 45 000 € brut à la 1 500 000^{ème} entrée salles France ;
- 0,135 € brut par entrée de la 1 500 001^{ème} entrée à la 4 000 000^{ème} entrée France.

Son agent avait négocié au titre de sa rémunération d'intermédiaire :

- une avance de 16 000 € bruts ;
- 0,16 % sur les recettes nettes part producteur jusqu'à 16 000 € bruts à provenir de l'exploitation cinéma, TV, vidéogrammes, exploitation par tout autre mode connu ou inconnu y compris exploitation en ligne – internet et vidéo à la demande ;
- 0,04 % sur les recettes nettes part producteur au-delà de 144 000 € bruts à provenir de l'exploitation cinéma, TV, vidéogrammes, exploitation par tout autre mode connu ou inconnu y compris exploitation en ligne – internet et vidéo à la demande ;
- 5 000 € brut à la 1 500 000^{ème} entrée salles France ;
- 0,015 € brut par entrée de la 1 500 001^{ème} entrée à la 4 000 000^{ème} entrée France.

Après la polémique soulevée par le producteur français Vincent Maraval (Société Wild Bunch) sur la rémunération des têtes d'affiche, René Bonnell début 2014 publiait un rapport proposant 50 mesures pour adapter le financement de la production et de la distribution dans le cinéma à l'heure du numérique et notamment celles-ci :

- Présenter les devis en distinguant les dépenses liées au "talent" (acteurs principaux, réalisateurs, scénaristes) et le reste des coûts de fabrication. Si la profession ne parvenait pas à s'autoréguler, il pourrait être envisagé de définir des normes et de moduler les aides à la production en fonction de ces normes.
- Favoriser la baisse des cachets excessifs des "vedettes" (interprètes, réalisateurs et scénaristes), en incitant au partage du risque commercial par un intéressement calculé, par exemple, sur les entrées en salles et **les chiffres d'affaires sur les autres supports de diffusion**, dont le numérique.

4.2.2.2. Les rémunérations complémentaires issues des accords collectifs

- **Accord du 16 décembre 2010 relatif à la rémunération des artistes-interprètes en cas d'utilisation de leurs prestations en vidéo à la demande (non étendu)**

Cet accord prévoit une rémunération complémentaire au profit des artistes-interprètes engagés pour des émissions de télévision au titre des exploitations de leurs prestations en vidéo à la demande. Ne sont donc pas concernés les programmes uniquement diffusés par les chaînes de télévision sur leurs plateformes vidéo (Culturebox pour France TV ou Arte liveweb).

La vidéo à la demande (VOD) y est définie comme « *un service permettant la mise à disposition (telle que la visualisation ou le téléchargement) d'une ou de plusieurs émissions concernées à l'initiative individuelle du consommateur de l'endroit et au moment qu'il choisit, sur tous récepteurs fixes (tels que téléviseurs, écrans d'ordinateurs, consoles de jeux) ou tous récepteurs mobiles (tels que téléphones, agendas électroniques), par tous moyens tels que le câble, le satellite, l'internet ou tout autre réseau ou moyen de communication électronique, et ce quelles que soient les normes utilisées* ».

La VOD dite « du lendemain » (pendant les 7 jours suivant leur diffusion hertzienne ou rediffusion hertzienne) et la VOD dite « preview » sont rémunérées par le cachet initial.

La vidéo à la demande donne lieu, au profit de l'ensemble des artistes-interprètes dont la prestation est ainsi réutilisée, au versement par le producteur de l'émission donnée d'une rémunération complémentaire ayant la nature d'un salaire, égale à 6 % de la recette nette producteur (NB : dispositions spécifiques quand aucun artiste-interprète n'intervient à l'image et quand la durée totale des prestations des artistes-interprètes est inférieure à 10 % de la durée totale de l'émission).

La recette nette producteur est entendue comme « *le montant des sommes versées par l'opérateur au producteur au titre d'un programme concerné, après déduction, si cette opération est à la charge du producteur, de la numérisation du programme lorsqu'elle est faite spécifiquement pour cet opérateur, la déduction ne pouvant excéder 30 % dudit montant* ».

Les sommes perçues par l'Adami, société de gestion collective des droits des artistes-interprètes qui est en charge de la gestion de cet accord, restent toutefois faibles, compte tenu de l'explosion des différents modes d'exploitation numérique, notamment illicites, qui diminuent considérablement le volume des exploitations en VoD:

	Part artiste globale	Nombre d'unitaires ou d'épisodes concernés
2014	59 989,32 €	2495
2013	5 230,73 €	177
2012	23 979,95 €	959
2011	10 387,65 €	468
2010	42 264,49 €	1449

- **Accord spécifique du 7 juin 1990 concernant les artistes-interprètes engagés pour la réalisation d'une œuvre cinématographique, étendu par l'arrêté du 17 octobre 1990**

En application de cet accord, tous les artistes-interprètes apparaissant à l'image, bénéficient d'une rémunération complémentaire dès lors que le film auquel ils ont participé est amorti, qui est répartie au prorata de leur salaire initial avec un plafond égal à sept fois le cachet minimum en vigueur.

Le producteur verse à l'Adami une somme brute (hors charges sociales) fixée à 2 % des recettes nettes d'exploitation perçues par le producteur (y compris la VoD) après amortissement du coût du film :

« l'ensemble des recettes hors taxes, quelles qu'en soient la nature et la provenance, générées par l'exploitation du film, en tout format et tous supports, en toutes langues, à n'importe quel titre, par n'importe quel moyen, y compris la télévision et tous moyens de diffusion existants ou à venir en France et à l'étranger, sous déduction des charges d'exploitation ».

- **Accord du 11 juillet 2012 relatif à la rémunération des artiste-interprètes des films français sortis en salle du 1er janvier 1961 au 1er décembre 1990, étendu par l'arrêté du 27 mars 2013**

Cet accord reconnaît un droit à rémunération secondaire notamment au titre de la vidéo à la demande pour les exploitations des films cinématographiques français amortis, qu'ils aient ou non donné lieu à la signature d'un contrat avec les artistes-interprètes, sortis en France entre le 1er janvier 1961 et le 1er décembre 1990.

Tous les films dont la justification du non amortissement n'a pas été fournie avant le 30 septembre 2012 sont réputés amortis.

La rémunération prévue par l'accord couvre, sans préjudice des rémunérations contractuelles dont bénéficient certains artistes-interprètes en vertu des contrats existants, tous les modes et procédés d'exploitation connus dans le monde au 1er janvier 2012, et ce sur tous supports, en tous formats, soit le cinéma, la télévision, la vidéo, la VàD et ses dérivés dont la SVàD, le streaming, le téléchargement.

L'accord prévoit un mode de rémunération pour deux périodes :

- **Rémunération au titre des recettes d'exploitation du 1er janvier 1986 au 31 décembre 2011**

L'assiette retenue est égale à 20 % du chiffre d'affaires (CA) vidéo France sous déduction du montant des rémunérations dues aux auteurs et éventuellement aux artistes-interprètes pour la part contractuelle qui est fixée forfaitairement à 30 %, soit 14 % du CA vidéo déclaré au CNC majoré.

Une majoration de 15 % du chiffre d'affaires vidéo déclaré au CNC est appliquée pour prendre en compte l'inflation.

Le taux de rémunération retenu et appliqué à cette assiette est de 3,15 %.

- **Rémunération au titre des recettes d'exploitation à compter du 1er janvier 2012**

Le chiffre d'affaires vidéo France déclaré par le producteur est augmenté des recettes d'exploitations vidéo à la demande France également déclarées par le producteur (tant par téléchargement que par streaming e ce compris la SVàD) auxquelles s'appliquent les mêmes abattements prévus au point A mais hors majoration liée à l'inflation : soit 14 % du CA vidéo et vidéo à la demande.

Le taux retenu et appliqué à cette assiette est de 4 %.

4.2.2.3. Les artistes autoproducteurs

Même si le phénomène semble moins développé dans ce domaine que dans la musique, tout artiste-interprète a la possibilité de produire lui-même :

- des vidéoclips ;
- la captation de spectacles vivants ;
- des courts métrages ;
- des web-séries.

Ce schéma semble surtout concerner les artistes-interprètes sur les plateformes de partage de type YouTube (nombres d'humoristes, ou one-man-show, tels que Norman, Cyprien, Palma show).

Comme l'expliquent, les deux frères de la chaîne YouTube « Le Rire Jaune » et sans pour autant révéler la rémunération qu'ils perçoivent de YouTube compte tenu de l'accord de confidentialité, il est possible de monétiser leurs vidéos avec une rémunération de base aux alentours d'un dollar pour 1 000 vues (et non 1 € pour 1 000 vues comme c'est souvent indiqué dans la presse) :

- Une demande de monétisation est faite pour chaque vidéo auprès de You tube après qu'une chaîne ait été créée;
- Les contenus postés sont déclarés originaux et considérés comme tel par le robot You tube qui vérifie les vidéos. A défaut, les recettes sont transférées au titulaire des droits ;
- Les vidéos ne sont pas regardées sur un ordinateur sur lequel un add-block (logiciel de blocage de contenus publicitaires) a été installé.

En Conclusion, en France, les nouveaux modèles économiques peinent à adapter le partage de la valeur générée par l'exploitation des œuvres et des prestations enregistrées aux modes de rémunération classiques, fondés sur l'acquisition d'une œuvre numérisée ou d'un phonogramme (téléchargement) ou sa location (vidéo à la demande).

Les revendications des auteurs et artistes-interprètes s'inscrivent dans l'inclusion de leur valeur dans une chaîne qui va d'eux au public, et dont l'ensemble des intermédiaires se partagent une valeur qui leur échappe.