

SYNTHESE

du rapport des professeurs Gaudrat et Massé
à Mme la ministre de la Culture, Mme la ministre de la justice
et Monsieur le secrétaire d'Etat à l'industrie

LA TITULARITÉ DES DROITS SUR LES ŒUVRES RÉALISÉES DANS LES LIENS D'UN ENGAGEMENT DE CRÉATION

L'avant-propos, l'introduction et les 3^{ème} et 4^{ème} parties relatives aux propositions elles-mêmes et à l'analyse économique sont reproduits intégralement.

Les appréciations figurant dans le document n'engagent que leurs auteurs

République Française

Ministère de la Culture et de la Communication

3, rue de Valenciennes, 75042 Paris Cedex 01 - Téléphone : 01 40 15 80 00

180411 - 21 OCT. 99

La Ministre

130

Monsieur Philippe GAUDRAT
Professeur des Universités
Université de Poitiers
Château des sources
86530 CENON-SUR-VIENNE

Monsieur le Professeur,

Le Premier ministre a rappelé récemment, à Hourtin, l'attachement du gouvernement au régime du droit d'auteur et sa conviction qu'il convient de ne pas transiger sur les principes qui fondent ce régime. Il a aussi indiqué que, face aux enjeux de la société de l'information, et notamment à la nécessité de développer une véritable industrie de contenus français et européens, il convenait d'étudier les adaptations ponctuelles de notre droit à l'essor des contenus français.

Compte tenu de ces orientations, le Premier ministre m'a demandé de conduire une réflexion et une concertation, en liaison avec la ministre de la justice et le secrétaire d'Etat à l'industrie, sur les conditions de dévolution des droits de propriété intellectuelle dans un cadre contractuel, telles qu'elles résultent du code de la propriété intellectuelle, ce qui englobe une réflexion sur la notion d'œuvre collective et sur le statut de la création salariée.

En accord avec les deux ministres concernés, j'ai décidé de vous confier une mission de réflexion sur ce sujet. Vous conduirez cette réflexion sur un plan économique et juridique, en procédant à une étude comparative avec quelques grands pays étrangers européens et non européens. Pour conduire cette étude, vous vous attacherez la collaboration d'un économiste.

Je donne à cette étude pour objectif de mesurer si le régime actuellement prévu par le code de la propriété intellectuelle est adapté au nécessaire développement de nos industries de contenus sur les réseaux de la société de l'information. Vous ferez dans cet esprit les propositions d'adaptation de notre droit qui vous paraîtront nécessaires. Votre rapport sera ensuite soumis à une concertation avec l'ensemble des professionnels concernés. J'ai d'ores et déjà demandé à ces derniers de me faire connaître très rapidement leurs analyses et positions sur ce sujet.

Synthèse du rapport sur la titularité des droits d'auteur

Vos interlocuteurs seront Monsieur Frédéric Scanvic, directeur de l'administration générale et Monsieur Christian Phéline, directeur du service juridique et technique de l'information. La sous-direction des affaires juridiques de la direction de l'administration générale est à votre disposition pour vous aider dans votre mission et prendre en charge vos frais et honoraires. En accord avec Monsieur Christian PIERRET, Secrétaire d'Etat à l'industrie, vous pourrez également vous appuyer sur la Direction générale de l'industrie des techniques de l'information et des postes (DIGITIP).

Compte tenu du calendrier indiqué par le Premier ministre, j'attacherais du prix à ce que votre rapport me soit remis ainsi qu'à Madame Elisabeth GUIGOU et à M. Christian PIERRET, avant la fin du mois de novembre.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Professeur, l'expression de ma considération distinguée.



Catherine TRAUTMANN

AVANT-PROPOS

Le présent document est le fruit d'une réflexion sur les règles de titularité du droit d'auteur appliquées notamment aux œuvres créées au sein de l'entreprise et de l'administration (engagements de création à exécution successive). A partir de l'examen du droit existant et de la nouvelle donne introduite par le numérique, il vise à formuler des propositions d'évolution desdites règles. L'objectif assigné est de mettre ces dernières en accord avec nos besoins économiques les plus actuels sans pour autant renier notre tradition juridique séculaire, à laquelle le Gouvernement a récemment rappelé son attachement. L'élaboration d'un rapport qui implique aussi étroitement les milieux professionnels, la cohérence du système juridique et l'avenir culturel de notre pays peut se conduire de deux manières. Il est concevable de procéder à des auditions et de construire, dans un deuxième temps, la synthèse des propos recueillis. La rédaction est alors le fruit de la concertation. L'avantage substantiel de la méthode tient à ce que, émanant des milieux professionnels, les solutions n'en peuvent être qu'acceptées. Sa faiblesse est l'envers de son avantage : la représentativité des solutions ne dépend que de la composition du groupe auditionné. Inévitablement tributaires des idées reçues dans les milieux en cause, les solutions qui en résultent sont peu portées à explorer de nouvelles voies. Enfin, l'insertion de ces solutions dans le système juridique général n'est pas ou peu prise en compte, pas davantage que les intérêts autres que ceux des professionnels concernés. Il peut donc y avoir intérêt à procéder différemment : non pas écarter la nécessaire concertation, mais l'introduire différemment et la faire intervenir à un autre moment. En bref, conduire a priori une analyse juridique aussi rigoureuse et indépendante que possible des milieux professionnels pour soumettre, dans un deuxième temps, à la concertation de tous les acteurs intéressés, les propositions qui en résultent. La voie ici retenue est, tant pour des raisons matérielles contingentes qu'à cause des termes implicites de la lettre de mission, une synthèse des deux approches. Elle appelle quelques brefs précisions sur les relations avec le monde professionnel, d'une part, (1) et sur la méthode ainsi que l'esprit dans lequel furent élaborées les propositions, d'autre part (2).

1) L'extrême brièveté des délais impartis excluait radicalement que l'on pût procéder à des auditions de tous les professionnels concernés. Le champ de la création couverte par droit d'auteur touche un nombre considérable de secteurs; il eut été nécessaire, pour que les auditions fussent équitablement conduites, que les représentants des créateurs et ceux des diverses catégories d'exploitants, dans ces divers secteurs, fussent également entendus. La procédure eut absorbé à elle toute seule le temps imparti à la réflexion et à la rédaction du rapport. Par la force des choses, la seconde voie était donc seule ouverte. Pour être juste, elle requerrait, à rebours, une absence égale de contact avec toutes les parties en cause. La méthode a pu surprendre. Les milieux professionnels sont, en effet, plus habitués à la première formule qu'à se concerter sur des propositions qui leur sont soumises. Elle est pourtant le gage de la liberté intellectuelle qui a présidé à l'élaboration des propositions soumises à réflexion. Cela étant, le choix méthodologique d'une absence de concertation préalable sur les solutions n'excluait pas l'enquête sur les besoins. Un appel à contribution sous forme écrite fut donc lancé par Mme la Ministre de la culture auprès des divers organismes représentant les intérêts des

créateurs et des exploitants dans les divers secteurs concernés. Toutes les réponses ont été lues, analysées attentivement et prises en considération. En cela, il ne s'agit pas d'un pur travail théorique dénué de toute relation avec la pratique; un échange minimal et univoque a déjà eu lieu avec tous les milieux professionnels qui en ont accepté le principe. Et, naturellement, les propositions seront, comme s'y sont engagés les pouvoirs publics, soumises à la plus large concertation.

2) La lettre de mission soulignait pertinemment la nécessité d'envisager conjointement la question sur le plan du droit et de l'économie. Agréé dès les premiers contacts, le nom de M. Guy Massé, Maître de Conférences en économie à la Faculté de Droit & des Sciences Sociales de Poitiers, spécialisé dans l'économie des réseaux, ne figure pourtant pas sur la lettre de mission car, absorbé par la dernière main qu'il mettait à un ouvrage à paraître, il pensait ne pas pouvoir se libérer dans les délais impartis par le calendrier; mais, l'impossibilité d'achever le travail entre mi-octobre et fin novembre s'étant très rapidement imposée, il est apparu qu'il pourrait rejoindre l'étude à condition que les interventions soient successives. La problématique de la réflexion fut donc arrêtée conjointement mais il fut décidé que les rédactions seraient distinctes: l'analyse juridique -et les propositions qui en découlent- feraient l'objet d'un premier ensemble de développements; le volet économique viendrait s'imputer sur le rapport juridique comme une analyse indépendante, portant appréciation des propositions qu'il formule. Afin de gagner du temps et de resserrer le raisonnement, il est apparu opportun de construire le commentaire économique à partir d'un questionnaire élaboré en commun. Le produit fini adopte donc la forme du document ci-joint. Quoique les développements juridiques eussent été achevés avant le volet économique, il sembla préférable de ne pas dissocier les deux documents. L'évaluation économique des solutions fait donc l'objet d'une quatrième partie.

Les propositions de la troisième partie s'appuient toutes sur les analyses des deux premières parties. Elles peuvent, certes, être lues de manière indépendante. Pour en saisir les fondements et la logique il est toutefois bon d'avoir pris connaissance des développements précédents. Afin de faciliter la lecture de l'ensemble, des " synthèses & conclusions " ponctuent chaque développement un peu étoffé. Il évident que ces résumés ne sauraient restituer la nuance et la complexité de la matière; ils permettent néanmoins de suivre de loin en loin la progression de la pensée. Les propositions finales ont été formulées dans un triple souci d'harmonisation des intérêts privés en présence (créateurs et exploitants), de respect de l'intérêt général et de respect du système juridique (dont il est un aspect et un outil). L'idée centrale repose sur le constat que, pour des raisons historiques multiples, notre droit d'auteur, plus élaboré et plus nuancé que le système du copyright, a vu sa croissance interrompue avant que d'avoir atteint sa maturité terminale. Par une cote mal taillée, mettant les créateurs et les exploitants en concurrence sur les mêmes droits, il en a fait des adversaires alors qu'en vertu de son analyse fondamentale, ils sont des partenaires naturels. Si l'on revient à cette analyse fondatrice, il n'est plus même question de raisonner en termes de compromis -laissant à chacun le goût amer de ce qu'il abandonne- mais bien plutôt en termes d'harmonisation des intérêts -reposant sur le respect mutuel et l'articulation de fonctions complémentaires-. Certes, l'harmonisation requiert un appareil réglementaire plus complexe que la négation pure et simple d'un des intérêts en présence. Mais cette sorte de complexification est l'indice comme la rançon d'un progrès du droit quand, dépassant la simple légalisation du rapport de force -à quoi se ramène souvent le premier état de la règle-, il remplace la primauté

d'un seul intérêt par la composition de tous. La négation –quand même elle s'avère nécessaire- appauvrit toujours la société. L'harmonie la dynamise et l'enrichit. En ce sens, le traitement de l'intérêt privé rejoint l'intérêt général.

TROISIEME PARTIE

PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS

DES TEXTES ACTUELS

28 .- Quelques pistes de réflexion .- L'analyse juridique développée dans les pages qui précèdent tend à montrer, d'une part, que notre droit contient des principes à la fois solides et adaptables sur lesquels il est possible de faire fond et, d'autre part, que la plupart des dysfonctions que l'on observe ne tiennent qu'à des *points de détail* qui engendrent des conflits et des conséquences hors de proportion avec leur fait générateur. Cette conclusion, plutôt rassurante, donne à penser qu'il suffit de peu de chose pour donner sa pleine efficacité à notre système. Il est, en effet, beaucoup moins nécessaire d'*innover* (les solutions sont toutes à disposition) que de *clarifier* et de *distinguer*. De même qu'en mécanique les solutions les plus résistantes sont les plus simples, les solutions juridiques les plus fiables sont les mieux éprouvées. Sur quelles bases travailler ?

Prendre le droit d'auteur comme base de réflexion. Cette option n'est d'ailleurs sérieusement remise en cause par personne. A partir de là, tant la raison que l'expérience semblent inviter à privilégier deux idées : *distinguer la création intellectuelle d'une forme originale de ce qui ne l'est pas* et *articuler de manière équilibrée les prérogatives des créateurs avec celles de ses partenaires économiques dans l'exploitation*.

Distinguer la création de ce qui ne l'est pas veut dire recentrer le droit d'auteur autant que faire se peut sur les *créations originales* ; cette option invite à ne faire de *l'investissement* ni un objet direct de droit d'auteur, ni même un objet indirect par production technique interposée ; elle invite aussi à éviter que ne prospère dans le droit d'auteur une *petite monnaie* qui n'est même plus de la monnaie... Reste à voir *dans quelle mesure* on peut aller jusqu'au bout de cette option indispensable à l'efficacité de la législation.

Articuler les prérogatives des créateurs et de leurs partenaires économiques dans l'exploitation est la phase consécutive nécessaire. Les auteurs ont besoin des exploitants, parfois pour financer la création, souvent (de moins en moins, sur les réseaux...) pour diffuser la création. Les exploitants ont besoin des créateurs parfois pour investir dans la réalisation de *produits culturels*, le plus souvent pour rentabiliser leurs investissements techniques de diffusion (remplir les *tuyaux*) et, toujours, pour dégager leur profits. Il est absolument essentiel de ne pas régler cette question par concours des intéressés sur les mêmes droits. Ce genre de procédé est la meilleure façon de mettre à feu et à sang tout le secteur de la création. C'est, au surplus, un mode de régulation qui habitue les protagonistes à des rapports conflictuels et introduit un climat constant de suspicion de part et d'autre. Etant entendu qu'il est indispensable de protéger les investisseurs et de leur donner tous

les moyens requis pour rentrer dans leurs fonds comme pour faire les profits qui les motivent, la seule manière saine de procéder est de protéger ces opérateurs économiques soit *par transmission des droits des créateurs*, soit par *attribution originnaire de droits ad hoc* protégeant spécialement leur investissement.

La première voie est très largement balisée et organisée dans la loi de 1957. Marcel Boutet, Rapporteur de la Commission préparatoire, avait insisté sur la volonté d'équilibre du Législateur entre les intérêts des créateurs et ceux des professionnels. L'examen des dispositions le montre. La valeur du dispositif invite à penser qu'il est raisonnable de systématiquement privilégier ce droit commun et de ne s'en écarter que lorsqu'il s'avère incapable de fournir une solution satisfaisante et équilibrée.

La seconde voie étant déjà très largement engagée, il n'y a pas lieu de suggérer d'autres innovations⁹; bien plutôt de veiller à l'articulation de ces prérogatives avec celles des créateurs de même qu'à une rationalisation de l'attribution de ces droits. Qu'on l'apprecie ou non, le cadre naturel de la protection de l'investissement est la concurrence déloyale. La multiplication de ces droits privatifs fait reculer la sphère concurrentielle. A tout le moins est-il souhaitable d'en faire un traitement synthétique qui ne fasse pas foisonner inutilement ces droits. Outre une dysfonction probable par difficulté de délimiter les champs respectifs, on aboutit aussi à un cumul de prérogatives au bénéfice des opérateurs économiques venant émarger sur certains aspects de la gestion collective. C'est contraire à l'équité dans les rapports avec les auteurs.

Dans cet esprit, on suggérera trois niveaux gradués d'intervention qui procèdent tous de la méthode suggérée mais invitent à des modifications d'une ampleur très différente. Le premier degré d'intervention est d'ordre méthodologique et vise à clarifier le champ du droit d'auteur (Chapitre 1). Le second, est d'ordre pratique et vise à réviser les textes dans la mesure nécessitée par l'exploitation des œuvres créées dans les liens d'un engagement de création à exécution successive (Chapitre 2). Le troisième, soulève la question d'un statut transversal de la création plurielle coordonnée (Chapitre 3).

⁹ Sauf à refondre le droit de l'informatique dans un droit numérique, comme on l'a déjà dit. Il ne s'agit toutefois pas d'*ajouter* un nouveau droit *sui generis* mais de refondre des constructions disparates dans un cadre unique.

CHAPITRE 1^{ER}

Suggestions méthodologiques visant à la clarification du champ du droit d'auteur

29 .- Quelques suggestions de modifications terminologiques .- On a vu que par *essence* et par *méthode*, la propriété intellectuelle est *plurale*¹⁰. Il importe que chaque propriété de droit spécial y conserve *sa place* ainsi que sa *cohérence interne*¹¹. C'est la seule garantie du bon fonctionnement d'un droit qui, à raison de son abstraction même, requiert beaucoup de rigueur pour ne pas s'enrayer. Au sein de cet ensemble, le droit d'auteur souffre d'une imprécision endémique de son champ d'application. La théorie de l'unité de l'art, en montrant aux industriels le parti qu'ils pouvaient en tirer, n'y est pas étrangère¹². L'irruption des nouvelles technologies de l'information fit le reste¹³. Cette fragilité, conjointe à des assauts extérieurs incessants, met cette propriété en véritable péril. Pour couper court aux dérapages les plus grossiers on peut suggérer quelques modifications terminologiques mineures. Secondaires en apparence, elles sont néanmoins comme autant de *signes* en direction de la jurisprudence.

1) Préférer le pluriel au singulier dans l'intitulé du Code (Code *des* propriétés intellectuelles de préférence à Code de *la* propriété intellectuelle) afin d'éviter de cautionner l'idée que tout est pareil et qu'il existe *une seule* propriété en voie d'intégration autour, notamment, des principes de la propriété industrielle. C'est non seulement inexact mais contraire à l'efficacité des textes. Au-delà, force est de constater que la référence à la propriété « intellectuelle » n'est pas en accord avec le contenu de la compilation. Ledit code contient des dispositions relatives *aux secrets de fabrique* qui ne sont pas objets de propriété. La présence de ces dispositions surprend d'autant plus que, si l'on étend le concept de *propriété* à tous les mécanismes de réservation fondés sur le droit pénal *sans attribution d'un droit exclusif*, il y avait alors bien d'autres dispositions à y faire figurer¹⁴. Le Code rassemble, par ailleurs, les textes relatifs au *droit des signes distinctifs*. Or, s'il n'est pas douteux que le *droit des signes distinctifs* forme un tout organique avec le reste de la propriété industrielle, justifiant sans aucun doute qu'il figure dans une seule et même compilation, il ne relève pas pour autant de la propriété « intellectuelle »¹⁵. Dans ces conditions, il semblerait plus cohérent, d'une part, d'écarter les dispositions répressives qui n'assurent pas le respect d'un droit exclusif et, d'autre part, d'élargir l'objet du code *aux propriétés incorporelles* en général. La matière pourrait, dans un second temps, être rationnellement organisée. Au sein de la *propriété intellectuelle*, au sens strict, on pourrait distinguer les propriétés

¹⁰ Voir supra n° 7 et suivants.

¹¹ Voir n° 13 et s.

¹² Voir supra n° 28.

¹³ Voir supra n° 31 et s.

¹⁴ Telles que, par exemple, celles de la loi Godfrain sur l'accès et le maintien non autorisé dans un système d'information qui ont un lien évident avec le droit des logiciels et des bases de données.

¹⁵ Voir, A.Françon, Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, 1996/1997, Les cours du droit, Litec, p.7.

personnalistes (droit d'auteur et droit des artistes interprètes) et la propriété industrielle (brevet, dessins et modèles, obtentions végétales et topographies de semi-conducteurs) ; parmi les autres propriétés incorporelles, on pourrait distinguer les *droits exclusifs sur les objets d'investissements* (droit des producteurs de phonogrammes, des producteurs de vidéogrammes, des entreprises de communication audiovisuelle, des producteurs de bases de données) et les *droits de clientèles* (propriété des signes distinctifs, propriété du fonds de commerce ou du fonds civil s'il venait à être institué, éventuellement réglementation des offices...).

2) Le législateur a cru bon, lors de la codification, de transformer le singulier "droit moral" en un pluriel "droits moraux". Il s'agissait de montrer que l'on est en présence d'un faisceau d'attributs distincts, séparément modulables selon les types d'œuvres (logiciel, par exemple). Cet ajout affaiblit inutilement la cohérence de la construction du droit moral. Il serait opportun et conforme à l'esprit de 1957 de revenir à la rédaction initiale.

3) En complément des propositions qui viendront ci-après (autant que dans l'attente de mesures en ce sens)¹⁶, il serait utile de retoucher l'article L.111-3 CPI de manière à faciliter une qualification de l'œuvre multimédia distinguant le *support interactif* de l'*apport spécifique de la création de forme*. Il est, comme on l'a vu, tout à fait essentiel d'éviter que le droit très spécial des *productions technologiques* ne devienne le droit applicable aux *créations de formes* incluses dans les produits multimédias¹⁷. Plusieurs pistes pourraient être empruntées. On pourrait changer le terme *d'objet matériel* en *support* ; la formule ferait perdre toutefois la référence immédiate à la *propriété corporelle*, ce qui est dommage. On pourrait, plus clairement encore ajouter la mention d'un support d'une autre nature à la mention de l'objet matériel ; ainsi, la rédaction de l'article pourrait devenir : « *La propriété incorporelle définie à l'article L.111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ou de tout autre support* ».

4) Enfin, l'interdiction faite aux juges d'apprécier le « mérite » des œuvres en vertu de la *théorie de l'unité de l'art*, est intéressante en ceci qu'elle écarte toute appréciation (nécessairement arbitraire) d'un prétendu *caractère esthétique* et exclut l'idée d'un *niveau minimum* ou d'un *effort requis*. Elle a malheureusement conduit la jurisprudence à ne plus oser refuser la qualification « œuvre de l'esprit » aux créations de tous poils qui sollicitaient la protection du droit d'auteur de peur d'en venir à évaluer le « mérite ». Il faut dire que, les objets les plus hétéroclites s'accumulant dans une catégorie qui perd sa logique, elle a de moins en moins d'arguments pour écarter cette qualification. Quand ce n'est pas la qualification radicale qui est empêchée, c'est l'évaluation de l'originalité qui est perturbée : cette crainte de la discrimination par le mérite conduit encore les magistrats à reconnaître pour *originales* des productions de l'esprit qui sont si peu porteuses *d'empreinte personnelle* que le statut global -et particulièrement le *droit moral*- en devient déplacé. Tant que la difficulté n'était qu'affaire de degré, il pouvait n'y avoir qu'inadéquation du régime sans aller jusqu'à la rupture avec les principes : l'empreinte personnelle existait toujours, quoiqu'elle fût faible. Malheureusement, les deux effets s'enchaînant, on a fini par atteindre le seuil de la rupture : si l'on ne s'autorise plus à exclure quelque création que ce soit de la catégorie des œuvres – l'exemple du logiciel est typique-, il faut bien les soumettre au test de l'originalité ; et, dès lors que la première démission a conduit à accepter au rang des œuvres des

¹⁶ Voir infra, n° 118.

¹⁷ Voir, supra, n°37.

créations intrinsèquement insusceptibles de personnalisme, il faut boire la coupe jusqu'à la lie et se contenter d'une originalité virtuelle voire d'un ersatz d'originalité (comme l'apport intellectuel ou le critère des directives communautaires). Pour autant et comme on l'a souligné, il serait mal venu de renoncer aujourd'hui à la théorie de l'unité de l'art¹⁸. En revanche, il serait sain que ne soient protégées par droit d'auteur que les créations qui portent une véritable empreinte de personnalité. Il serait également avisé que ne confèrent la qualité d'auteur que les actes qui déposent cette empreinte dans l'œuvre. Dans ce climat global de dévaluation des critères d'accès, on a trop tendance à considérer que toutes les personnes qui « gravitent » autour de la création d'une œuvre, en donnant des idées, en communiquant des informations, en concourant à la logistique, en mettant en œuvre un savoir-faire voire même en faisant de simples actes matériels, sont des coauteurs¹⁹. Ne sont des auteurs que les personnes qui infusent la marque de leur personnalité dans la forme de l'œuvre ; participer à la réalisation de cette forme n'est même pas encore suffisant, si cette participation ne permet pas cette expression. Cette prolifération de pseudo-titulaires -que favorisent les nouvelles technologies- n'est pas pour rien dans le sentiment que l'œuvre collective est une panacée pour le multimédia. C'est foncièrement à la jurisprudence de prendre cette responsabilité. Il est à voir néanmoins si le législateur ne peut pas l'aider (en l'ayant déjà tant desservie) par une modulation de l'article L.112-1 CPI. Supprimer la mention du mérite pourrait être une solution puisqu'elle n'écarterait pas la théorie de l'unité de l'art, la mention de la destination demeurant dans le texte. Elle aurait l'avantage d'éviter une contradiction non éludée avec le critère de l'apport intellectuel qui, reposant sur une notion d'effort (« effort personnalisé ») n'est pas étranger à une appréciation du mérite, sinon de l'œuvre du moins de l'auteur. Mais elle comporterait le risque de voire reflourir des appréciations plus ou moins arbitraires -serait-ce, pour autant, pire qu'aujourd'hui ?-. Sans aller jusqu'à la suppression, peut-être suffirait-il de spécifier le mérite à l'aide d'un qualificatif pour souligner que ce qui est foncièrement exclu n'est que la protection accordée ou refusée sur le seul fondement du goût du magistrat ?

30 .- Quelques suggestions de réorganisation structurelle .- Le droit du logiciel est plus qu'une simple « anomalie » dans le droit d'auteur. Il constitue un droit *sui generis* parasite qui tend progressivement à déstructurer et coloniser la législation d'accueil. La loi de 1985 avait artificiellement mais judicieusement limité les dégâts induits par la méthode en plaçant ce droit différent dans un titre à part, comme elle l'avait fait pour les droits voisins. A partir de là, il n'y avait guère plus de raison de partir de ce droit spécial pour hasarder une interprétation du droit commun qu'il n'y avait de tentation de partir des droits voisins pour interpréter le droit d'auteur. Malheureusement, lors de la codification (pourtant réputée faite à droit constant) le législateur a réparti les divers articles disposant ce droit *sui generis* dans le titre relatif au droit d'auteur, laissant entendre par là que le droit du logiciel était du droit d'auteur au sens le plus strict du terme. L'effet est des plus regrettables. Il serait donc souhaitable de revenir à la solution de 1985. Nous

¹⁸ Voir supra n° 23.

¹⁹ Ainsi, parce que l'élaboration d'une recherche a conduit un chercheur à faire des enquêtes, à auditionner un certain nombre de personnes, à collecter l'avis des uns et des autres sur ce qu'il a écrit voire à faire relire son texte pour le purger de ses coquilles, on est nécessairement en présence d'une œuvre collective. Ce n'est pas exact. S'il est seul maître de la forme finale, il est seul auteur ; ce qui ne le dispense pas naturellement de citer les personnes à qui il emprunte des expressions ou des discours, que ce soit sur le terrain du droit d'auteur ou de la responsabilité civile.

sommes, certes, liés par les accords ADPIC et la directive communautaire qui impose unilatéralement une interprétation de la Convention de Berne. Ceci ne devrait toutefois nullement interdire qu'un Etat puisse isoler dans un chapitre à part un droit dont tout démontre qu'il est dérogatoire, dès lors que cela ne remet pas en cause les engagements de la France. Ainsi pourrait-on sortir les dispositions dérogatoires propres au logiciel de la partie relative au droit d'auteur et les réunir dans un chapitre séparé, qui, dans la structure actuelle du code, pourrait se placer dans la partie relative à la propriété industrielle, peut-être avant le *secret de fabrique* et, dans la structure suggérée ci-avant²⁰, dans la partie relative aux *droits sur un objet d'investissement*. Il faudrait, naturellement, renvoyer (comme en 1985) au chapitre ou au titre spécial dans l'article L.112-2 CPI. Pour n'encourir aucun reproche sur le plan international, il conviendrait d'abriter le chapitre en cause sous un chapeau du style " *par application de la directive n°91.250 du 14 mai 1991, le logiciel est réputé être une œuvre de l'esprit protégeable au titre de la Convention de Berne et des règles du droit d'auteur sous réserve des modifications qui suivent* ". Ce ne serait, au demeurant, qu'une réponse du berger à la bergère, l'obligation faite aux Etats d'interpréter la Convention de Berne comme couvrant les logiciels étant aussi artificielle qu'arbitraire.

De la même façon, la définition que la directive d'harmonisation donne de la base de données a été introduite dans l'article relatif au droit d'auteur sur les anthologies et compilations. Elle serait plus à sa place en tête des dispositions sur le droit *sui generis*. En effet, ce qui conditionne l'application du *droit d'auteur* à une base de données, ce n'est pas la définition que la directive donne de la *base de données* –qui n'est jamais qu'un produit informationnel–, mais la *notion d'œuvre*. En revanche, la définition que la directive donne de la base de données détermine le *champ d'application matériel* du droit *sui generis*. Tout croisement de dispositions entre les deux mécanismes tend à accréditer des glissements et des confusions.

31 .- Une réflexion juridique globale à réorienter .- L'industrie du logiciel, consciente des limites du droit d'auteur, recherche, à présent, l'asile du brevet²¹. Il serait tout à fait fâcheux qu'après avoir obtenu, contre toute analyse juridique raisonnable, l'inclusion du logiciel dans le droit d'auteur et, contre tous les principes de la propriété intellectuelle, la protection du *secret* par le *monopole*, le législateur se contente d'ajouter un *troisième niveau de protection* avec le brevet... On ne peut pas toujours tout avoir à la fois : il arrive, dans la vie, qu'il y ait des choix à faire. On voit mal, d'ailleurs, comment le *secret* pourrait cohabiter avec le *brevet* (encore que, au vu de ce qui a déjà été fait, tout soit possible sur le plan communautaire). Un facteur sociologique non négligeable de cohérence intellectuelle joue en faveur du brevet : c'est une protection qui, sans ambiguïté, est reconnue *en faveur des industriels*. Les milieux concernés, qui ont été moteurs dans la déstructuration du droit d'auteur, veillent donc beaucoup plus scrupuleusement à *ne pas le dénaturer*. Quoiqu'il en soit, si la tentative d'inclusion du logiciel dans le champ du brevet devait aboutir, il serait opportun de profiter de l'occasion pour décharger le droit d'auteur de cette législation hétérogène.

Cela étant, il n'est pas certain que, à son tour, le brevet satisfasse tous les besoins. Il est vrai qu'il favorise les grandes entreprises en raison des frais

²⁰ Voir supra n°116.

²¹ On observera que l'accueil favorable que ce projet rencontre au niveau communautaire est présenté comme principalement destiné à satisfaire les intérêts américains en Europe. On ne peut que saluer l'esprit de coopération dont ceci témoigne...

importants qu'il occasionne. Il est vraisemblable également que sa protection ne puisse être acquise que sur un nombre limité de créations informatiques (à raison des exigences de la *nouveauté* et de l'*activité inventive*) et seulement sur un niveau de conceptualisation des solutions étranger à la *manière d'écrire* le produit. Il risque, par conséquent, d'en résulter un contrôle accru du marché par les plus grands producteurs et un manque de protection pour les plus petits, ce qui ne peut que préjudicier à l'émergence des « *start up* » européennes et au développement de l'industrie informatique sur ce continent. A partir de quoi, l'opportunité du maintien d'un « droit d'auteur » dénaturé pourrait être « pragmatiquement » plaidé. Cette probabilité nous semble moins certainement démontrer la nécessité d'une protection complémentaire par droit d'auteur que l'inadaptation foncière des voies d'approches empruntées jusqu'ici, dont aucune ne parvient à régler véritablement le problème. Quand on voit notamment se dégager un consensus pour élaborer un *statut du numérique* à l'intérieur du droit d'auteur, c'est à dire pour modifier le *droit de la création* à raison d'un état qui lui est *complètement étranger*, on est tenté de penser que la proposition faite en 1992, de traiter distinctement et globalement le *format numérique* mériterait d'être *sérieusement examinée*. Le vrai et seul cadre de la protection des investissements reste, sans aucun doute, le *droit de la concurrence déloyale*. C'est lui qu'il *conviendrait d'harmoniser au plan européen*, non le droit d'auteur. Et *c'est dans ce cadre qu'il faudrait régler la protection des investissements pour sauvegarder les grands équilibres économiques et libertaires*. Maintenant, si les institutions ne peuvent endiguer les pressions corporatistes en faveur d'une technique propriétaire, au moins convient-il de légiférer d'une manière qui ne compromette pas à terme le fonctionnement du système juridique. En ce sens, nous joignons en annexe au présent document le chapitre du Rapport Général qui suggérerait les grandes lignes du droit précité²². Le droit sur le *format numérique d'un fichier* permettrait de protéger aussi bien le *logiciel en code exécutable*, que les *bases de données informatiques* ou les *œuvres numérisées* (tant qu'elles demeurent dans cet état). Attribué à la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la numérisation, ce droit permettrait, dans une *œuvre multimédia*, de protéger d'une traite tant les éléments du *médium interactif* que ceux de l'*œuvre communiquée*.

Compte tenu de l'environnement européen et des abandons de souveraineté consentis, il reste à voir si nous disposons encore du libre-arbitre législatif suffisant pour mettre en œuvre, sur le seul plan national, une réforme aussi novatrice et pourtant *aussi nécessaire* tant à la *survie d'un vrai droit de la création* (promotion des contenus) qu'à un développement rapide et équilibré de l'*industrie du numérique* (sauvegarde de l'investissement sur les contenants). Il est clair que l'impulsion nécessaire à la création d'instruments internationaux nouveaux ne peut venir efficacement que de la Communauté. Elle pourrait utilement user, par exemple, des mêmes procédés que ceux utilisés par les Etats-Unis pour les topographies de semi-conducteurs : protection des *produits numériques américains*²³ en Europe *sous réserve de l'adoption d'une législation comparable, aux Etats-Unis*²⁴. C'est pourquoi, si une telle idée était retenue, il serait sans doute

²² Voir annexe, ci-après.

²³ En d'autres termes, des produits qui sont mis sur le marché sous forme numérique : logiciels, bases de données électroniques, œuvres commercialisées sous forme numériques (CD, DVD etc...).

²⁴ Un *principe de protection sous réserve de réciprocité* – quelle que soit la législation en cause – suffirait s'il permettait de libérer la Convention de Berne, victime de son succès, de son rôle de « bonne à tout faire »

indispensable d'en défendre la mise en œuvre à Bruxelles. La prochaine présidence française pourrait être un facteur positif en ce sens.

32 .- Une suppression salutaire .- La théorie de *l'œuvre collective* superpose deux logiques incompatibles. Tant en raison de l'inopportun climat conflictuel qu'elle entretient, de l'incertitude juridique qu'elle suscite²⁵, des considérables dépenses en frais judiciaires qu'elle occasionne, que parce qu'elle revient à protéger un *pur investissement* par droit d'auteur, la théorie de *l'œuvre collective* devrait être abandonnée.

Il suffirait, pour cela, d'abroger purement et simplement l'article L.113-5 CPI avec la définition corrélatrice de l'article L.113-2 CPI que personne ne regrettera. Quant au basculement inverse dans un pur système de *copyright* (en éliminant tout élément de rattachement au droit d'auteur), il va sans dire qu'il serait absolument inacceptable dans le contexte juridique et culturel français. Il n'est pas mieux fondé sur un plan économique, contrairement à ce que l'on avance périodiquement sans aucun élément de démonstration²⁶. Ce basculement serait d'autant plus inopportun que le déséquilibre induit par l'octroi d'une titularité initiale à l'investisseur -et globalement d'un statut inférieur du créateur- est critiqué par une partie de la doctrine américaine²⁷. D'où, en 1976, le législateur américain a accepté un recul du champ des *works made for hire* en considération précisément de *l'utilité d'une meilleure protection des créateurs intellectuels*.

On observera, en dernier lieu, que la *théorie de l'œuvre collective* est très peu reçue dans les droits nationaux de l'Europe continentale²⁸. En ce sens, même si elle a la préférence d'un certain nombre de lobbies industriels auxquels la Commission prête traditionnellement une oreille dévote, elle a relativement peu de chances de survivre aux "harmonisations" communautaires. La Suisse, qui a récemment réformé sa loi, a, en connaissance de cause, écarté cette exception. Et, lors des débats -toujours en cours- sur la réforme de la loi belge, l'incohérence du droit français de *l'œuvre collective* a été invoqué comme *un exemple à ne pas suivre*. On peut espérer une meilleure réclame pour notre législation. Déjà, en 1976, l'éminent auteur, A.Dietz, suggérait sa suppression à l'occasion d'une étude communautaire²⁹. Aller en ce sens ne ferait qu'anticiper sur un processus vraisemblablement inévitable. Cela permettrait, de toutes façons, de clarifier et d'homogénéiser le droit, ce qui ne peut aller que vers un renforcement de son efficacité. *L'état actuel d'inutile complexité et d'insécurité juridique est tout à fait nuisible aux intérêts des entreprises.*

internationale volant au secours des *produits industriels numériques* en quête de protection, sans égard aucun pour sa logique et ses origines.

²⁵ Voir, supra n°64 et s.

²⁶ Voir infra n° 147 et s.

²⁷ Voir, Pr. J.Ginsburg, in Etude relative aux créations de salarié, analyse de droit comparé, CERDI, oct.99, (droit américain), p.97.

²⁸ Le Livre blanc du SPMI (La presse française sera-t-elle sur Internet ? Pour une défense de *l'œuvre collective*, 1998) cite L'Italie, l'Espagne, la France, les Pays-Bas et la Grande-Bretagne. En réalité, la référence à *l'œuvre collective* ne figure que dans les lois des trois pays latins de droit d'auteur (France, Espagne, Italie). Dans le cas de la Grande-Bretagne et des Pays-Bas, il s'agit de l'application pure et simple des principes du *copyright*. Ainsi, l'article 7 de la Loi des Pays-Bas sur le droit d'auteur dispose-t-il : " Sauf clause contraire, lorsque le travail réalisé par un employé consiste dans la création de certaines œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, l'employeur sera considéré comme étant l'auteur de ces œuvres ". On retrouve, appliqué au seul contrat de travail, la théorie des *works made for hire*. Cette disposition ne se rattache pas à la théorie de *l'œuvre collective* puisque celle-ci ne conduit qu'à attribuer les droits sans conférer la qualité d'auteur.

²⁹ A.Dietz, Le droit d'auteur dans la Communauté européenne, Etude réalisée à la demande de la Commission des communautés européennes, XII/125/76-F, 1976).

CHAPITRE 2

Suggestions en relation avec l'exploitation des œuvres créées dans le cadre d'un engagement de création à exécution successive

33 .- **Notion d'engagement de création à exécution successive** .-L'expression appelle quelques précisions. Le terme de " contrat " eut été trop limitatif en ceci que les questions évoquées se posent également pour le créateur *en entreprise* et pour le créateur intégré à l'*administration* ; or, les fonctionnaires -tout au moins- ne sont pas liés pas un contrat mais intégrés dans un statut. Le terme *engagement* a donc semblé plus judicieux pour traiter du champ couvert. Par ailleurs, la spécificité essentielle comme la complexité de la situation envisagée, tiennent, d'une part, à ce que l'engagement porte tant sur la *création* que sur l'*exploitation* de l'œuvre et, d'autre part, à ce que cet engagement n'est pas finalisé par une création déterminée mais *encadre*, au contraire, une *activité de création à durée indéterminée* qui s'étale dans temps. En cela, il est à *exécution successive* selon la terminologie reçue en droit des contrats. Dans le secteur privé, on comprend que ce type d'engagement recouvre essentiellement le *contrat de travail* (louage de service). Mais, si, pour une raison ou pour une autre, la qualification de *contrat de travail* devait être écartée au profit d'une qualification *sui generis*, les problèmes resteraient les mêmes au regard du droit de la création et pourraient recevoir des solutions identiques. En revanche, le *contrat dit de mécénat*, quoiqu'il soit également à exécution successive, sort des engagements susdit en ceci qu'il n'implique que la *revente* des œuvres créées mais non leur *exploitation* ; il en va *a fortiori* de même pour le *contrat de commande* (louage d'ouvrage) qui, sauf exception, ajoute à l'*absence d'exploitation* de l'œuvre commandée l'*exécution instantanée* de l'engagement de création.

La difficulté que suscite l'équilibre à instaurer entre les intérêts de l'auteur et celui du commanditaire à l'occasion de l'exploitation d'une *œuvre réalisée dans les liens d'un engagement de création à exécution successive* se retrouve aussi bien dans le contexte de la *fonction publique* (section 1^{er}) que dans celui des *entreprises du secteur privé* (section 2). Même si les deux situations comportent des éléments d'analogie (l'auteur crée un nombre indéfini d'œuvres dans les liens d'un engagement durable, à durée le plus souvent indéterminée, qui lui vaut versement d'un salaire), il n'est pas opportun d'apporter le même type de solution dans les deux cas. En effet, l'administration est l'expression même de l'*intérêt général* (de l'*intérêt public*). Ce fait explique une relative radicalisation des solutions, la possibilité d'une suspension ou d'une inopposabilité ponctuelles des prérogatives de l'auteur. En revanche, l'entreprise n'exprime qu'une forme d'*intérêt privé* (même si, engageant l'ensemble des personnes participant à l'unité économique, cet intérêt privé intègre une composante *collective*). Cet intérêt privé, quoiqu'il prétende parfois s'identifier à l'*intérêt du public* pour renforcer sa position -voire se donner des allures d'*intérêt général*-, n'a aucun titre à avoir préséance sur l'intérêt

de l'auteur ni à faire reculer ses droits³⁰. Tout en prenant en compte la composante collective de l'intérêt privé que représente l'entreprise, composante collective qui justifie que *l'exploitation des œuvres soit facilitée autant que faire se peut*, l'équilibre à trouver doit, à l'inverse des rapports avec l'administration, *intégralement respecter les droits de l'auteur*.

Section 1

L'exploitation des œuvres créées par un fonctionnaire ou un agent public

34 .- Les œuvres créées par un fonctionnaire ou un agent public .- Sauf dérive notable, il ne semble pas que le besoin d'un service public administratif soit de défendre un investissement par une action en contrefaçon. Dès lors, la problématique première –et normalement unique- ne relève pas de la titularité mais *d'un usage aussi étendu que possible de l'œuvre créée par le fonctionnaire* afin de pouvoir sans restriction ni contrainte accomplir la *mission de service public* qui lui incombe. Sauf à aligner purement et simplement le statut de l'Etat employeur d'un créateur sur celui de l'employeur personne privée, c'est sous le rapport d'une exception d'intérêt général qu'il convient de régler la question comme l'a excellemment démontré M.Schoettl, membre du Conseil d'Etat et non d'une analogie avec le régime de l'œuvre collective.

La formule la plus simple pourrait consister dans l'adjonction d'un alinéa supplémentaire à l'art. L.111-1 al.3 qui pourrait prendre la forme suivante: « *Les droits de l'auteur fonctionnaire ou agent public sont, dans la mesure des besoins de fonctionnement du service public [administratif], inopposables à la collectivité publique concernée [ou à la personne privée qui exploite l'œuvre pour le compte de l'administration]* ».

Introduire une exception dans l'article de tête peut surprendre. La solution peut s'expliquer néanmoins à plusieurs titres. C'est, d'abord, une exception qui permet de maintenir le principe d'une attribution du droit au créateur personne physique ; sous ce rapport, l'exception est moins dérogatoire que les solutions habituellement prônées sur le fondement de l'avis OFRATÉME. Par ailleurs, c'est une exception d'ordre général qui vaut tant au regard du *droit moral* qu'au regard du *droit pécuniaire*, il serait, par conséquent limitatif de ne l'introduire que dans l'article relatif au droit patrimonial.

35 .- Le droit moral du fonctionnaire .- On peut naturellement se poser la question de savoir s'il est opportun d'ouvrir aussi largement l'inopposabilité. Ne

³⁰ On a vu, en effet, non seulement que *l'intérêt du public* n'était pas *l'intérêt public* et qu'il se prêtait à toutes sortes de projections mais que, au surplus, il s'identifiait à *un respect aussi scrupuleux que possible de l'indépendance créatrice de l'auteur* (tant sous sa forme morale que patrimoniale) ; loin de renforcer la position de l'entreprise dans son rapport au créateur, l'intérêt bien compris du public renforce, à l'inverse, le créateur dans le respect de ses droits par l'entreprise ; voir supra, n°17 et s.

devrait-elle pas être cantonnée au seul droit patrimonial ? A notre sens, la question ne se pose pas réellement en ces termes. Etant entendu que, même en libellant étroitement l'inopposabilité, il n'est guère concevable que les principes du droit public laissent intact l'exercice du droit moral, il nous apparaît comme plus pertinent de l'inclure d'office tout en soulignant *l'importance d'apprécier strictement sinon restrictivement la mesure dans laquelle les " besoins du service " induisent l'inopposabilité du droit moral*. A cet égard, il n'est pas douteux qu'il faille distinguer au sein des œuvres et élaborer une typologie à partir, vraisemblablement, du croisement de deux critères : le *personnalisme* de l'œuvre et l'*indépendance* fonctionnelle du créateur. Quoique corrélés, les deux critères n'en sont pas moins indépendants et inducteurs de conséquences tant sur l'existence du droit moral (1) que sur son opposabilité à l'Administration (2).

1) Le critère unique de la protégéabilité est l'*originalité* appréciée dans la forme d'expression³¹. Or, on sait, en droit des dessins et modèles, qu'une *forme* dont l'objet exclusif est de remplir une fonction technique est dénuée d'originalité, parce que l'absence de liberté du créateur dans la mise en œuvre de la fonction *ne lui a pas permis d'exprimer sa personnalité*. Ce qui est vrai d'une *fonction technique* n'est pas moins vrai d'une *fonction administrative*. La protégéabilité de l'œuvre administrative ne dépend donc que de la liberté dont jouit le fonctionnaire, dans l'exercice de sa fonction, pour imprimer à la *forme de l'œuvre* une empreinte personnelle. Dans une première perspective, le degré d'indépendance du fonctionnaire appliqué à la forme, va permettre de distinguer entre les œuvres non génératrices d'un droit moral (a) et les œuvres génératrices d'un droit moral (b).

a) Ainsi, lorsque les œuvres produites ne sont que la concrétisation du fonctionnement du service, l'identification du créateur à la fonction administrative *dépersonnalise* les productions de l'esprit qui en résultent : ce dernier n'est plus que la *main*, la *voix* et l'*intelligence* de l'Administration. Organe de la collectivité, celle-ci se veut essentiellement *neutre* et *impersonnelle*. Cet état de chose se traduit le plus souvent par une forme spontanée d'anonymat. Il serait toutefois abusivement réducteur de déduire de l'état de fonctionnaire cette " identification du créateur à la fonction administrative ". Il est, au contraire, permis de penser que cette situation est exceptionnelle et liée à certaines missions limitativement identifiables : celles qui conduisent à produire les *actes officiels* (traités, lois, règlements, décrets, décisions de justice, circulaires et imprimés administratifs, notes de services etc...). Sur toutes ces productions intellectuelles, la propriété littéraire et artistique exclut radicalement et traditionnellement la protection. La question ne se pose donc même pas en termes d'*inopposabilité* du droit moral, mais en terme d'*inexistence* de celui-ci.

b) Dans tous les autres cas, en revanche, rien n'exclut à *des degrés divers* le *personnalisme* des œuvres créées. Le domaine le plus propice est incontestablement celui de la recherche. Il n'y a pas de recherche sans *liberté intellectuelle*. Cette liberté s'exprime tant sur le plan de la forme d'expression que sur celui des idées. S'il y a donc un domaine de la production administrative où l'originalité peut s'exprimer dans une œuvre scientifique, c'est bien celui de la recherche. On retrouve cette même liberté dans l'enseignement sous forme de *l'œuvre orale* professée. Viennent ensuite, sans aucune prétention à l'exhaustivité, les *rapports administratifs* et les *conclusions* (Ministère Public ou Commissaire du Gouvernement). Pour le premier type d'œuvres il faut sans doute distinguer. Lorsque le rapport n'est qu'un compte-rendu descriptif et impersonnel de l'activité

³¹ Voir supra n°24.

d'une institution il prend place dans la catégorie des *actes officiels*. La forme en est quasiment aussi impersonnelle que celle d'une note de service. Mais rien n'exclut que le rapport ne se rapproche de l'œuvre du chercheur -sans atteindre à la plénitude de son indépendance- lorsqu'il synthétise, par exemple, les apports divers d'une Commission relativement à l'élaboration de nouvelles solutions. Il constituera alors une œuvre originale. En ce qui concerne les conclusions, *l'obéissance hiérarchique* qui s'impose à ces fonctionnaires ne les lie que sur le fond, non sur la forme. C'est la raison pour laquelle les conclusions présentées lors d'une procédure constituent le plus souvent des œuvres protégées.

2) Le degré d'indépendance dans la fonction, élément fondamental d'appréciation de la protégeabilité lorsqu'il est appliqué à la *forme*, n'est pas indifférent non plus indifférent à la manière d'apprécier l'opposabilité du droit moral lorsqu'il est appliqué au *fond* : plus le fond de l'œuvre est tributaire de la mission confiée au fonctionnaire, plus l'inopposabilité du droit moral (lorsqu'il existe) a de chance d'être étendue. Cet état de chose n'a rien pour surprendre. Déjà dans les rapports de droit privé, *l'intérêt public* attaché à la libre circulation de l'information induit une servitude d'accès à l'information contenue dans l'œuvre. On peut y voir une forme d'inopposabilité du droit patrimonial à raison du contenu de l'œuvre.

a) C'est, conséquemment, dans le domaine de la recherche, que l'inopposabilité du droit moral doit être entendue *de la manière la plus étroite possible*. En effet, le contenu intellectuel de l'œuvre du chercheur fonctionnaire *est et doit être* parfaitement indépendant de la mission administrative. Ainsi, le *droit au nom* reste incontestablement opposable au service ainsi que le *droit au respect*. Il n'est pas douteux qu'un supérieur hiérarchique ne saurait licitement introduire unilatéralement une modification dans une étude. En ce qui concerne le *droit de divulgation*, la réponse est un peu plus nuancée. La liberté intellectuelle du chercheur implique qu'il ait la maîtrise complète du moment auquel il estime que sa modélisation ou l'expression de celle-ci sont arrivées à maturité. En revanche, on peut douter qu'il conserve une maîtrise de la diffusion. L'étendue de celle-ci ne dépend plus que de la *mission de l'organisme de rattachement*. Sans doute, une fois de plus, faut-il être rigoureux sur ce qu'implique cette mission ; mais il faut également lui donner toute sa mesure. Plus délicate, à l'inverse, est le cas où un responsable du service n'entend pas donner à l'œuvre toute la publicité que souhaiterait le chercheur. Il convient de distinguer. Si le motif en est une forme de *secret administratif* (ce qui, appliqué à la recherche, est peu probable) le chercheur ne saurait le transgresser sans mettre en péril son statut. Si, en revanche, l'inertie ne résulte que d'une forme d'incurie voire d'un conflit de personne, rien ne lui interdit de procéder lui-même à la diffusion *puisque'il conserve son droit d'auteur*. Quand au droit de repentir et de retrait, les deux attributs ne peuvent recevoir le même traitement. Si l'auteur se ravise et reprend tout ou partie d'une théorie qu'il a élaborée, il est de l'intérêt même du public qu'il oppose ce droit repentir au service (fût-il réticent). En revanche, on ne saurait accueillir de la même façon le *droit de retrait* car, à supposer que l'auteur soit même capable d'indemniser l'Etat, l'exercice du droit conduirait à soustraire au service public l'exploitation d'une œuvre qui a été créée à cet effet.

b) Sans remettre en cause la liberté formelle qui justifie la protection, plus la fonction administrative affirme son empire sur le contenu de l'œuvre, plus elle induit une *extension de l'inopposabilité*. La double idée d'une *protection* non remise en cause par la *perte d'indépendance* du fonctionnaire mais seulement

génératrice d'une inopposabilité accrûe, n'est pas contradictoire dès lors que les plans où cette perte d'indépendance exerce ses effets sont distincts : tant que la nature de la mission permet que la *forme d'expression* demeure personnelle, l'œuvre est originale et donc protégeable ; mais, tout en laissant libre l'espace d'expression, la fonction peut lier le créateur sur le fond. Les contraintes liées au fond rejaillissent alors sur le statut de la forme et ajoutent des limites supplémentaires à celles qui prévalent dans le domaine de la recherche. Ainsi, le rédacteur d'un rapport administratif original de synthèse jouit sans aucun doute du *droit au nom*. Sans doute, jouit-il également du *droit au respect de son œuvre* mais, mettant en forme les idées d'une Commission, il ne saurait substituer son opinion à l'opinion commune. De sorte que, sans remanier directement l'œuvre, la Commission peut demander au Rapporteur de faire des modifications, s'il s'avère que le texte soumis à son aval n'est pas fidèle à sa pensée. De la même manière, il est permis au rapporteur d'exprimer un point de vue divergeant en marge du rapport (en admettant qu'il ne contrevienne pas au *devoir de réserve*...) mais il ne saurait exercer un *droit de repentir* qui ne révèle pas le repentir intellectuel de la Commission. De la même façon, les conclusions du procureur ou de l'avocat général sont virtuellement porteuses d'une forme originale ; il ne saurait, pour autant, opposer à ses supérieurs hiérarchiques son *droit au respect de l'œuvre* pour ne pas développer au fond les thèses qui lui sont imposées en tant que membre du Ministère Public. On voit que l'extension du champ de l'inopposabilité ne tient, dans ces divers cas, qu'au fait que la mission administrative réduit l'indépendance intellectuelle du créateur sur le fond (mais non la forme).

36 .- Le droit patrimonial du fonctionnaire .- Perdant -même dans le cas le plus favorable- le contrôle de la *publication administrative* dont le champ ne dépend plus que de la *mission de service public de l'organisme de rattachement*, l'auteur fonctionnaire perd corrélativement le contrôle de la rémunération induite par l'exploitation. C'est, de ce fait et sans conteste, le *droit patrimonial* qui fait l'objet de l'inopposabilité la plus générale (tous types d'œuvres confondus) et la plus large (tous modes d'exploitation confondus). Il ne faudrait pas en déduire trop hâtivement que le fonctionnaire perd tout droit à rémunération à raison de l'exploitation. Il n'y a, en effet, aucun motif pour que l'Etat échappe complètement, sur ce point, à la règle commune. Cela dit, faute de pouvoir opposer son droit patrimonial à l'Administration, l'auteur n'a plus d'autre ressource que de faire valoir son droit à rémunération dans le cadre de l'*intéressement* prévu par le décret du 2 octobre 1996. La rémunération n'y repose plus sur la *cession négociée* d'un droit patrimonial mais sur un *mécanisme régalien* substitué. La raison de cette substitution en est triple : la transmission d'un droit exclusif n'a aucune utilité dans la logique de diffusion (et non de protection) de l'Etat ; les structures administratives -notamment comptables- se prêtent fort mal aux mécanismes privatistes ; et, enfin, l'idée d'une négociation de la rémunération entre le fonctionnaire et l'Etat est contraire à tous les principes du droit public. C'est donc la puissance publique qui détermine unilatéralement le montant de l'*intéressement*.

Malheureusement, en l'état, le champ des *créations susceptibles de donner lieu à intéressement* est très étroit et -qui plus est- indépendant de la propriété intellectuelle comme en témoigne l'article 2 du décret. En matière de *créations de forme*, le seul champ couvert concerne les *logiciels*. Tout en gardant sa spécificité, l'institution gagnerait à être articulée plus logiquement avec la propriété intellectuelle et, notamment, à être étendue aux autres œuvres qu'elle protège. Ne

jouant qu'en cas de *valorisation*, de toutes façons, l'intéressement ne s'applique pas aux cas de *diffusion administrative non payante*³² à *raison du service public*. La situation, à cet égard, est différente de celle qui prévaut dans les entreprises mais s'explique précisément par la prévalence de l'intérêt public et l'inopposabilité non compensée du droit patrimonial ; d'où, les sommes versées à l'auteur au titre de l'intéressement ne sont pas soustraites aux fonds publics, mais prélevées sur les sommes issues de la valorisation. On peut concevoir, par ailleurs, qu'étant de nature régaliennne et autonome, l'intéressement ne soit pas systématiquement corrélé avec une propriété intellectuelle. On peut s'étonner, tout de même, de ce que des travaux non protégeables par droit d'auteur mais "valorisés" puissent donner lieu à intéressement, alors que, au sein de la catégorie des œuvres protégeables, seuls les logiciels puissent en bénéficier. Il semblerait pertinent que le mécanisme soit étendu au moins à certains produits littéraires et "valorisés" de la recherche (œuvres scientifiques éditées, par exemple). Un intéressement plus largement conçu pourrait compenser favorablement l'inopposabilité du droit patrimonial qui, certes, reste attribué à l'auteur mais se trouve largement neutralisé par la diffusion administrative de l'œuvre (valorisée ou non) : aucun exploitant privé ne trouvera d'intérêt à venir en concours avec une diffusion administrative réalisée dans le cadre d'un service public.

Quelle que soit la logique utilisée, plus l'Etat se rapprochera des solutions qui prévalent dans le secteur privé moins il risquera de perdre ses fonctionnaires les plus créatifs et plus il sera en position d'enseigner par l'exemple.

Section 2 L'exploitation des œuvres créées dans un rapport de droit privé

37 .- Distinction des propriétés .- Les *créations de forme* peuvent, on l'a vu, tomber dans le champ du droit des dessins et modèles ou dans le champ du droit d'auteur. Compte tenu des logiques générales dans lesquelles s'insèrent ces deux types de législation, il n'est pas certain que, contrairement, à notre tradition juridique, il soit pertinent de transporter automatiquement les solutions d'un système dans l'autre.

§1°) L'exploitation des *créations de forme* en propriété industrielle

38 .- L'exploitation des créations protégeables par le droit des dessins et modèles .- Le droit des dessins et modèles est lacunaire sur la transmission du droit d'exploitation. On transporte donc habituellement, et par application de la théorie de l'unité de l'art, l'article L.111-1 al.3 et les règles de la cession à la matière. Il est douteux que ce soit pertinent. Ces textes s'appliquent naturellement quand le dessin ou le modèle répond aux conditions d'application du droit d'auteur. Mais en ce qui concerne les conditions d'application du droit des dessins et modèles, et notamment en ce qui concerne le droit au dépôt, il nous semble qu'il serait plus pertinent de

³² Diffusion non payante entendue comme non génératrice de profit.

s'aligner sur la logique du brevet. Il faudra, de toutes façons, transposer bientôt la directive de 1998 sur les dessins et modèles, ce sera l'occasion d'examiner la question. Si l'on applique la logique du brevet au droit des dessins et modèles, les investisseurs seront, dans ce domaine particulier qui est la source principale des dérapages en terme de présomption de qualité d'auteur et de présomption d'œuvre collective, investis d'un droit au dépôt conduisant à une propriété industrielle qui résoudra, de toutes façons, leur besoin en termes de lutte contre la contrefaçon. La question sera alors de bien articuler cette *transmission du droit au dépôt* à l'investisseur avec le *droit d'auteur*, lequel peut aussi s'appliquer au dessin ou au modèle. En effet, si " l'œuvre-dessin ou modèle " est à la fois *originale* et *nouvelle*, les deux protections s'appliquent cumulativement. Il en résulte, d'abord, un *droit moral complet* sur l'œuvre. Non consacré par la loi de 1909 et intransmissible, ce droit moral ne pose pas de problème d'articulation. Il s'ajoute simplement à la construction de la propriété industrielle. Il découle, par ailleurs, du cumul des protections une *double prérogative pécuniaire* : un *droit au dépôt* (propriété industrielle) et un *droit patrimonial d'auteur* (propriété littéraire et artistique). Or, si l'on alignait purement et simplement la règle de titularité sur le droit des brevets, la transmission automatique du droit au titre sur les dessins et modèles protégeables par le biais du contrat de travail donnerait lieu à *versement d'une prime* indépendamment de la *rémunération proportionnelle* à laquelle donne droit la cession du droit d'auteur. Le résultat serait que, dans le cas de ces œuvres industrielles, l'auteur se verrait reconnaître, avec ce double fondement, une double occasion de rémunération. La conséquence soulève une double interrogation : est-ce opportun ? (1) Dans quelle mesure peut-on éluder cette conséquence ? (2).

1) On peut être porté à objecter que ce n'est pas dans le domaine des créations industrielles que l'on rencontre les *œuvres majeures*, il pourrait dès lors apparaître comme inique d'accorder une rémunération renforcée à des créateurs *d'œuvres mineures*. Par ailleurs, même si les textes sont distincts, c'est la *même exploitation* de la *même création* qui conduit à cette *double rémunération*. L'argument est simple ; il peut séduire à première vue, mais, à y mieux réfléchir, il n'est pas sans faille si l'on examine tant les occasions que les raisons du cumul. L'argument d'équité ne vaut qu'en fonction du champ du cumul. Il est vrai que le domaine industriel abonde en *petite monnaie* relevant davantage d'une *production de formes* que d'une véritable *création de formes*. La jurisprudence, bridée par l'interdiction d'apprécier le mérite, en vient à une application de l'originalité qui ouvre inconsidérément le champ du cumul. Mais, si précisément on revenait à une application plus discriminante de l'originalité, le droit d'auteur ne devrait plus couvrir ces joints d'étanchéité, ces modèles de mâts de signalisation dont la forme est simplement arbitraire, ces modèles d'emballages etc... Il en résulterait un champ beaucoup plus restreint du cumul ; ce dernier s'identifierait essentiellement au domaine du *stylisme* et du *design*. Or, dans ce cas, on peut admettre que la double rémunération corresponde bien à une double qualité de la forme : expression d'une personnalité et satisfaction d'un nouveau besoin du public. Par ailleurs, outre que la prime, généralement forfaitaire, de propriété industrielle n'a pas l'étendue des redevances de droit d'auteur, elle est aussi la contrepartie, pour l'employeur d'une protection juridique complémentaire dont il pourra se prévaloir sur le fondement du dépôt et qui prend sa source dans l'acte créatif de son salarié. Enfin, on relèvera, d'une part, que le *droit de destination* fonde une rémunération distincte de celle résultant de la *cession du droit de représentation* pour une seule exploitation d'une même œuvre et, d'autre part, que bien que l'invention soit

souvent beaucoup moins géniale que la théorie ou la découverte sur laquelle elle s'appuie, c'est l'invention qui est brevetable, non la théorie, ni la découverte. On voit, à ces quelques exemples, que le cumul de rémunérations n'est pas dépourvu d'arguments.

2) Si, néanmoins, l'on estimait le cumul de rémunération inopportun, de quels moyens disposerait-on pour l'écarter ? Au moins deux. On pourrait déjà écarter le transfert *automatique* du droit au dépôt et le remplacer par un simple mécanisme d'attribuabilité au donneur d'ordre dans le cadre d'un contrat de création à exécution successive ; ainsi, sur simple demande du donneur d'ordre, le créateur ne pourrait refuser le transfert du droit au dépôt sur le dessin ou le modèle créé dans les liens du contrat. En contrepartie, le donneur d'ordre serait débiteur d'une prime. L'avantage du mécanisme serait, d'une part, que la prime ne serait due que dans les cas où l'employeur déciderait de déposer et, d'autre part, que non automatique mais liée à une recherche de protection spécifique la cause de la prime serait plus claire. Dans les autres cas, le droit au dépôt resterait au créateur.

Mais, plus radicalement, il est permis d'observer que le fondement de la prime, en propriété industrielle, est l'*incitation* à la création *dans l'intérêt du public*, non un principe supérieur de droit naturel. On peut considérer que ce but d'incitation est déjà atteint par le mécanisme de rémunération mis en place par le droit d'auteur (même si ce n'est pas le but que poursuit le droit d'auteur). Ainsi, pourrait-on maintenir un principe de transmission automatique du droit au dépôt³³ : hors cumul, seule la prime serait due. En cas de cumul, seuls la rémunération proportionnelle ou le forfait seraient dus.

§2°) L'exploitation des *créations de forme* en propriété littéraire et artistique

39 .- L'exploitation des œuvres originales .- L'exploitation des œuvres originales créées dans le cadre d'un contrat de création à exécution successive soulève deux sortes de difficultés : la détermination du champ de la divulgation qui, au regard du droit moral, définit l'exploitation ouverte et pour laquelle les droits patrimoniaux peuvent être cédés (A) et la transmission du droit patrimonial (B).

A) Le champ de la divulgation

40 .- Les difficultés du droit de divulgation dans les contrats de création .- Le *droit de divulgation* est opposable au *maître de l'ouvrage* comme à l'*employeur*. De tous les attributs du droit moral, il est sans doute le plus délicat à cerner et à réguler sans le dénaturer. Probablement est-ce la raison pour laquelle il fait l'objet d'un silence pudique dans le cadre général des rapports de travail. Ne pas en parler peut apparaître comme une façon de conjurer la menace. Alors que le *droit moral* fut malmené lors de la réforme législative relative au logiciel, le *droit de divulgation* est, avec le *droit au nom*, le seul attribut qui échappa au scalpel du législateur, jusque dans les rapports de salariat. Il faut probablement y voir un indice plus certain d'embarras que d'orthodoxie, laquelle est démentie par le reste de la construction. Que le droit de divulgation soit le siège de difficultés potentielles, ne permet pas d'envisager de le paralyser dans le cadre d'un contrat de création à exécution successive, ni *a fortiori* de le supprimer, puisqu'il est la *racine* sur laquelle sont entés les autres attributs du droit moral. On peut, on doit néanmoins en gérer l'exercice car il ouvre l'exploitation, fait naître le droit

³³ Avec, au choix, un mécanisme d'attribuabilité en retour au créateur comme en droit des brevets.

patrimonial et donne accès à ses exceptions. L'article L.121-2 dispose clairement que, dans le processus complexe de divulgation de l'œuvre, il appartient à l'auteur *de déterminer le procédé de la divulgation et d'en fixer les conditions*. Les paramètres concourant à définir la divulgation autorisée incluent la détermination du *moyen* –procédé et standard qualitatif- par lequel le public sera atteint, l'*étendue* de ce public (défini par sa localisation, sa langue ou une condition technique) voire les *circonstances particulières* de la divulgation (divulgation unique ou limitée dans le temps). Contrairement au droit des brevets et à ce que peuvent en dire certains auteurs, l'exercice de ce droit ne consiste que dans l'émission d'un *acte juridique unilatéral*. L'auteur détermine *proprio motu* et *avant -sinon en dehors de- toute conclusion d'un contrat d'exploitation* l'étendue et les modalités de la divulgation à laquelle il consent. Même si l'étendue de la divulgation peut apparaître comme un élément de la négociation avec l'exploitant, sa détermination relève unilatéralement et exclusivement de la volonté de l'auteur. Tel est le sens de cet attribut du droit moral. Ensuite, dans un second temps (qui peut également être concomitant) et *à l'intérieur de cet espace de divulgation*, il cède son droit d'exploitation. De cette analyse juridique découlent plusieurs conséquences. Consistant en un acte juridique unilatéral, la preuve de la décision de divulguer comme la preuve de l'étendue de la divulgation à laquelle l'auteur a consenti doivent préférablement être rapportées par écrit. La condition n'est presque jamais remplie à titre indépendant ; la preuve écrite résulte le plus souvent de l'acte de cession lui-même, valant *a fortiori* preuve de la divulgation puisque sans divulgation l'auteur n'a aucun droit patrimonial à céder. Cette pratique généralisée qui consiste à ne pas distinguer la preuve de l'exercice du droit de divulgation de la preuve de la cession du droit patrimonial a l'inconvénient de reposer la question de l'exercice du droit de divulgation à chaque extension de l'exploitation. Par ailleurs, puisque reposant sur un acte juridique unilatéral, la définition des conditions de la divulgation est *unilatéralement révocable*. Néanmoins, dès lors que ces conditions ont servi de fondement à une cession de droit patrimonial, l'auteur ne saurait jouir de la même liberté. Il ne saurait être autorisé à revenir sur les conditions initiales de la divulgation qu'en respectant les conditions mises à l'exercice du *droit de retrait*. Ces conditions sont tellement strictes qu'elles sont difficiles à remplir et excluent, en tous cas, que l'auteur puisse agir pour un motif autre que réellement "moral". Comment cette construction peut-elle s'intégrer dans le cadre d'un contrat de création à exécution successive liant un créateur à une entreprise ? Elle soulève deux difficultés distinctes essentiellement liées à la preuve : la détermination de l'étendue et des conditions de la divulgation, d'une part, et la décision de divulguer, d'autre part.

41 .- L'étendue de la divulgation licite en entreprise .- D'un côté, il appartient à l'auteur seul, fût-il salarié, de déterminer l'étendue de la divulgation de son œuvre ; mais, d'un autre, l'entreprise a un certain champ d'activité économique qui va déterminer celui de l'exploitation des œuvres de ses salariés. Il importe, *dans le respect des droits de l'auteur*, de favoriser *avec le plus de souplesse possible* la coïncidence entre la divulgation licite et le champ de l'activité économique de l'entreprise. La difficulté se manifeste sous deux rapports : preuve de l'étendue de la divulgation licite lors de l'entrée du créateur dans l'entreprise (1) et ajustement de la divulgation licite au champ d'activité économique sur la durée (2).

1) On peut légitimement considérer que, au moment où l'auteur signe l'engagement de création à exécution successive, il *connaît* ou *doit connaître* tous

les paramètres de la *divulgarion utile à l'entreprise* au service de laquelle il met sa force de création. S'il ne les connaît pas, il lui incombe de s'informer et l'entreprise ne saurait lui refuser le renseignement³⁴. Ainsi, en entrant dans l'entreprise, on peut dire que le créateur est réputé *adhérer* en connaissance de cause à tous les paramètres de la *divulgarion caractéristiques de son activité économique*³⁵. Ces paramètres définissent le standard de la divulgation dans les rapports de l'auteur avec l'entreprise. A partir de là, chaque œuvre créée dans les liens de ce contrat fera apparaître un *droit de divulgation* automatiquement paramétré au standard susdit. Par ailleurs, ce qui est vrai des *contrats de création instantanés* reste vrai des *contrats de création à exécution successive* : les conditions générales de cession sur lesquelles nous reviendrons ci-après³⁶, établissent *a minima* et *a fortiori* la divulgation licite. Au surplus, rien n'exclut que le contrat de travail -ou plus généralement le contrat de création à exécution successive- contienne des stipulations spécifiquement dédiées à la définition de la divulgation autorisée par l'auteur, voire étendant celle-ci pour l'avenir par rapport au champ actuel de l'activité économique de l'entreprise. Ce standard consensuel reste passible d'une limite : lors de la conclusion du contrat -à condition qu'il soit en situation économique de faire pleinement valoir son droit moral- l'auteur peut stipuler une réduction du champ de la *divulgarion licite* par rapport au champ actuel de l'activité économique de l'entreprise³⁷. Cette réduction du champ de la divulgation autorisée vaudra, sauf clause ponctuelle ultérieure en sens inverse, pour toutes les créations à réaliser. A défaut, l'auteur sera supposé avoir adhéré au champ de la divulgation *tel qu'il résulte de l'activité de l'entreprise au jour où il contracte*. On voit donc que l'accord initial sur les conditions de la divulgation licite ne pose pas de problème majeur. Il gagnerait toutefois à être renforcé d'une présomption.

2) La difficulté concerne plutôt l'ajustement de la divulgation licite aux fluctuations de l'activité économique de l'entreprise pendant la durée d'exécution du contrat, voire ultérieurement. La question se pose sous deux rapports symétriques : l'auteur peut-il revenir sur les paramètres de la divulgation tels qu'ils sont entrés dans le champ contractuel lors de la conclusion du contrat ? (a) Toute extension du champ d'activité de l'entreprise doit-elle faire l'objet d'une autorisation de divulgation écrite de l'auteur ? (b)

a) Si l'on veut rester fidèle à l'analyse proposée, il faut introduire une distinction. Un acte juridique unilatéral peut unilatéralement être révoqué -sous réserve du respect de la symétrie des formes- *tant qu'il ne produit aucun effet à l'égard des tiers*. Que l'on raisonne en terme de présomption d'adhésion à la divulgation utile ou en terme de clause expresse, il ne s'agit dans les deux cas que d'établir le contenu d'un *acte juridique unilatéral*. Lorsque, sur la base de cet acte, une cession a eu lieu et une exploitation est en cours, l'auteur ne pourrait revenir

³⁴ Il serait assez légitime que l'information ne porte pas seulement sur le champ actuel d'activité économique de l'entreprise mais porte aussi sur les prévisions à court terme voire à moyen terme de l'entreprise. Il n'est pas sans importance pour un créateur de savoir que ses œuvres ont de fortes chances de sortir d'une exploitation circonscrite au marché français pour s'étendre au marché européen voire extra-européen.

³⁵ L'activité économique de l'entreprise repose sur la constitution d'une clientèle. Cette clientèle doit nécessairement être potentiellement incluse dans le public concédé (voir supra, public et clientèle) lequel doit, lui-même, être inclus dans le public à l'égard duquel est réalisée la divulgation.

³⁶ Voir, infra n°134 et s.

³⁷ Il peut exclure certains modes d'exploitation, certains territoires de diffusion et donc, par exemple, la traduction de son œuvre soit en toute langue étrangère, soit en certaines langues. Il va de soi que pour imposer de telles restrictions de divulgation emportant des restrictions d'exploitation, l'auteur doit être très sûr de son talent et de son attrait commercial pour l'employeur ! On peut gager qu'il s'agit d'hypothèses d'écoles beaucoup plus que d'éventualités réelles ; ceci est d'autant plus vrai que, si l'on respecte la rémunération proportionnelle autant que faire se peut, l'auteur se prive des revenus corrélatifs.

sur les conditions de la divulgation -fondement juridique de l'exploitation- qu'en respectant les conditions que la loi met à l'exercice du *droit de retrait*. L'exigence légale est telle qu'elle rend l'opération théoriquement possible mais quasiment irréalisable ; aucune menace réelle n'existe pour l'entreprise au regard des œuvres en cours d'exploitation. Au regard des *œuvres non encore créées*, les conditions initiales de la divulgation licite sont sans aucun doute révocables par une simple manifestation de volonté. Au regard des *œuvres créées mais non divulguées*, c'est plus douteux car le droit de divulgation étant né avec l'acte de création, on peut admettre qu'il soit né doté des qualités et paramètres sur lesquels les parties s'étaient entendues. C'est donc essentiellement à l'égard d'une œuvre à créer que la révocabilité pure et simple peut être opposée. Il appartient alors à l'entreprise d'évaluer les conséquences de la décision de l'auteur sur sa propre exploitation. Négligeables, elle lui confiera quand même la création de l'œuvre. Pesante, elle la confiera à un autre salarié.

b) Qu'en est-il, à présent, non plus de la *réduction* mais de l'*extension* du champ de la divulgation licite ? Une entreprise a vocation à se développer, à conquérir des parts de marché, à étendre son activité sur un plan international ; cette extension n'est pas nécessairement uniforme et identique pour tous ses produits. Si chaque extension en terme de mode d'exploitation ou de territoire de distribution doit se solder par une redéfinition écrite du champ de la divulgation, il faut admettre que la solution manque de souplesse et tend à pénaliser les plus dynamiques. Mais corrélativement, souscrire au fait que la *divulgation caractéristique* puisse, avec le temps, s'étendre d'office et sans contrôle du créateur aux modes d'exploitation et aux territoires non connus au jour du contrat revient à reconnaître que l'auteur puisse valablement renoncer, par avance et par contrat, à l'exercice d'une faculté attachée au droit moral. Comment résoudre cette contradiction ? Il semble que, une fois de plus, il faille distinguer.

Pendant le temps où le créateur est dans l'entreprise, parce qu'il profite indirectement de sa prospérité³⁸ et parce qu'il dispose de tous les éléments d'information sur la croissance de son exploitation, on peut admettre que son silence vaille acquiescement tacite à l'extension de la *divulgation caractéristique*. On postule qu'il adhère tacitement à l'*extension des conditions de divulgation*, de la même façon qu'il était réputé, en entrant dans l'entreprise, adhérer à l'étendue de la divulgation correspondant au champ de son activité économique. Cela étant, s'il réproouve un *mode nouveau d'exploitation*³⁹ ou un *champ territorial nouveau*⁴⁰, il peut le faire savoir à son cocontractant *avant création des œuvres* dont la divulgation en sera affectée. Par cet acte, il exclut une exploitation (et donc une rémunération). Il ne met pas le droit moral dans la balance pour avoir une meilleure rémunération... Bien au contraire, la question de la rémunération consécutive à la cession ne peut se poser que sur la base d'une divulgation acceptée.

En revanche, lorsqu'il a quitté l'entreprise, le créateur n'est plus en mesure de suivre l'évolution de son domaine d'exploitation ; il n'en profite plus que par l'exploitation qu'elle fait de ses œuvres. Il semble donc raisonnable qu'elle le consulte lorsqu'elle envisage d'exploiter les œuvres dont elle a conservé les droits par des *moyens inexistantes ou inusités lors de son contrat*. En ce qui concerne l'extension territoriale de l'exploitation, si elle n'a pas été stipulée de manière large

³⁸ Par le biais de l'intéressement du travailleur lorsqu'il est applicable.

³⁹ On peut imaginer que le créateur d'œuvres érotiques refuse que ses œuvres soient diffusées sur un support accessible sans contrôle à des mineurs.

⁴⁰ Il peut, par exemple et par conviction personnelle, refuser que ses œuvres soient commercialisées sur le territoire d'un Etat qui pratique ouvertement la torture et foule aux pieds les droits de l'homme.

lors de la conclusion du contrat, il serait avisé que l'entreprise la prévoit aussi large que possible pour les droit qui lui échoient à l'expiration du contrat.

42 .- La décision de divulguer du créateur en entreprise .- Ce paramétrage automatique de la divulgation *laisse entière la décision de divulguer*. Elle soulève deux questions : sa preuve, d'une part (1), et son exercice, d'autre part (2).

1) La preuve de l'exercice du droit de divulgation est importante pour l'entreprise car, à défaut, la cession est nulle, faute d'objet. Or, le droit de divulgation ne peut être exercé qu'au terme de la création ; avant création, il n'existe pas encore ; ayant notamment pour objet d'affirmer la perfection de la création, il n'a lieu, par postulat, d'être exercé qu'après achèvement. C'est donc *œuvre par œuvre* que la preuve doit être rapportée. En toute rigueur et pour la sécurité de l'entreprise, il serait souhaitable que l'auteur signe un écrit autorisant la divulgation de son œuvre. La formalité est inutilement lourde. On peut favorablement alléger la procédure en posant une présomption selon laquelle la remise volontaire de l'œuvre vaut décision de divulguer.

2) Pour chaque œuvre créée, l'auteur demeure *seul juge* de l'appréciation du *degré d'achèvement* et *d'adéquation à son propre standard de qualité*. On ne saurait le forcer à divulguer, ni retenir son attitude comme une faute sauf à paralyser le droit de divulgation. Maintenant, même discrétionnaire, l'exercice de cet attribut n'est pas sans limite : s'il refuse de divulguer, l'auteur ne saurait poursuivre d'autre but que l'*achèvement* ou la *perfection* de l'œuvre. Il est tout à fait exclu qu'il s'y mêle des considérations autres. Sans que le juge ne soit en rien autorisé à contrôler l'*opportunité* de la décision de l'auteur, il peut naturellement vérifier que les conditions d'exercice du droit sont respectées. Faut-il aller plus loin et rendre l'auteur responsable pécuniairement des conséquences de son refus ? Il serait inopportun de statuer systématiquement en cette matière ; l'auteur doit conserver un espace de liberté pour créer. Il doit pouvoir recommencer plusieurs fois son œuvre sans risquer des dommages intérêts à tout propos. Cela étant, si l'auteur, dans un cas particulier, opposait un peu trop systématiquement un refus de divulguer, faisait traîner indéfiniment la création, on pourrait lui appliquer les mêmes solutions qu'en cas de louage d'ouvrage. Lorsque l'auteur a reçu une avance pour créer (ici, vraisemblablement un salaire pendant le temps de création de l'œuvre) alors qu'il refuse ensuite de livrer l'œuvre, il pourrait être condamné à restituer la somme ; s'il causait, par ailleurs, un dommage supplémentaire, il pourrait être tenu à le réparer. Enfin, en dernière extrémité, on pourrait admettre qu'un refus généralisé de divulguer vaille démission de l'auteur. Il ne saurait rester dans l'entreprise s'il ne permet à cette dernière d'exploiter aucune de ses créations. Il faut sur ce point s'en remettre à l'équité des juges du fond sans statuer par voie législative.

43 .- Suggestions textuelles relatives au droit de divulgation .- Pour tenir compte des observations susdites, il serait souhaitable de prévoir deux ajouts visant à simplifier la preuve de l'exercice du droit de divulgation, d'une part, et la preuve de l'étendue de la divulgation autorisée, d'autre part.

Pour alléger la preuve de la décision de divulguer et sécuriser les commanditaires et entreprises, une présomption réfragable et limitée de divulgation serait des plus opportunes. Elle pourrait être introduite dans un alinéa 2 de l'article L .121-2 et libellée de la façon suivante : "*Lorsque la création est réalisée dans les*

liens d'un contrat, la délivrance volontaire de l'œuvre à son commanditaire est présumée, sauf preuve contraire, valoir exercice du droit de divulgation ”.

Par ailleurs, dans un alinéa suivant il serait judicieux de définir l'étendue de la divulgation à laquelle consent l'auteur. Une formule du genre suivant pourrait convenir : “ *sauf stipulation contraire, l'étendue de la divulgation (procédé et conditions) est présumée couvrir l'activité du cocontractant expressément entrée dans le champ contractuel. Pendant la durée d'un contrat à exécution successive, l'auteur est réputé agréer tacitement à tout accroissement de l'étendue de la divulgation induite par l'activité de son cocontractant, à moins qu'il n'exprime une volonté contraire* ”. On pourrait enfin, et au choix, laisser jouer l'interprétation *a contrario* ou ajouter un troisième alinéa : “ *Après expiration du contrat, le cocontractant ne peut plus étendre la divulgation qu'avec l'accord de l'auteur* ”.

Ce simple dispositif introduirait nettement plus de clarté et de sécurité dans l'exercice du droit de divulgation au sein des contrats de création à exécution successive.

B) Conditions et mécanisme d'acquisition des droits patrimoniaux

44 .- Présomption de cession .- A côté des systèmes juridiques qui attribuent directement les droits à l'investisseur⁴¹, d'autres droits nationaux marquent leur préférence pour des mécanismes apparentés à la *présomption de cession*. Dans le contexte d'une conception personnaliste de la création, la solution a le net avantage de respecter le principe de l'attribution initiale du droit au *créateur intellectuel* ainsi que de distinguer le traitement du *droit moral* et du *droit patrimonial*. Tel est le choix opéré par le droit allemand en matière de salariat, lequel n'a pas donné asile à l'*œuvre collective*. Le droit espagnol prévoit également une présomption de cession dans le cas d'un contrat de travail, bien qu'il reconnaisse, par ailleurs, la théorie de l'*œuvre collective*. Quant au droit français, on a vu qu'il ne recourt à la *présomption de cession* que dans les secteurs limités de l'audiovisuel et de la publicité, encore que pour un champ d'application matériel qui ne coïncide pas avec le seul contrat de travail⁴². Bien que plus respectueuse des principes, la solution d'une transmission présumée n'est pas pour autant sans défaut. Par contraste avec la schizophrénie intellectuelle du droit d'auteur français qui balance entre une forte protection du créateur intellectuel et une attribution laxiste à l'investisseur, on est souvent tenté de prendre le droit allemand en exemple ; il s'en faut pourtant de beaucoup qu'il soit, sur ce point, le modèle que l'on voudrait en faire⁴³. Au regard des principes, le système est inattaquable. Le §7 UrhG dispose que l'auteur ne peut être que le créateur intellectuel (personne physique) ; par ailleurs, la *clausula generalis* du §43 UrhG précisant que les règles de la concession du droit d'auteur s'appliquent, que le créateur soit salarié ou fonctionnaire, on est sans ambiguïté dans une figure de *transmission des droits patrimoniaux* sans le “ correctif ” de l'*œuvre collective*. Mais sur le plan concret, le mécanisme est beaucoup moins respectueux des intérêts des créateurs que le droit français (même incluant l'*œuvre collective*). En effet, l'absence de formalisme de la concession conjoint à l'obligation pour le salarié de concéder son droit en vertu du contrat de travail, conduit à mettre de côté la spécificité de la création et à soumettre *de facto* celle-ci

⁴¹ Voir supra n° 109.

⁴² On laissera de côté le mécanisme dévolutif applicable au logiciel de salarié qui va très au-delà d'une pure présomption de cession.

⁴³ Voir, Anne Lemorvan, *in* Etude relative aux créations de salarié, analyse de droit comparé, CERDI, oct.99, p.8 et s.

au droit du travail -par le biais d'une *concession tacite*- lorsqu'elle émane d'un salarié. Ainsi, la concession est-elle consentie sur tous les droits nécessaires au but poursuivi par l'entreprise, but qui peut évoluer avec le temps ; n'étant pas limitée dans le temps, elle peut donc couvrir des modes d'exploitation non existant au jour de la création. Enfin, ne distinguant pas le *travail* et la *création*, le droit d'auteur allemand ne prévoit aucune autre rémunération que le salaire. On voit par là que la solution du droit allemand est, en réalité, une "cession implicite" et non une "présomptions de cession". Ce choix est d'autant plus surprenant que la solution reste contraire en droit des brevets : l'inventeur a droit à une rémunération distincte pour l'exploitation de l'invention. Le droit moral du salarié subissant également de notables altérations, on voit que le système allemand peut s'avérer moins protecteur que l'œuvre collective doublée des correctifs apportés par la jurisprudence française, laquelle n'exclut la perception de nouveaux forfaits s'il y a exploitation par de nouveaux média. Ceci explique que le système allemand applicable aux créations de salariés n'échappe pas à la critique d'une partie de la doctrine⁴⁴. Dans le contexte du droit français, la présomption entre en contradiction avec l'esprit de la cession, lequel requiert un détail et un contrôle de l'exploitation autorisée. Même réfragable, quand le déséquilibre économique est trop fort, la présomption devient de pure forme. Par ailleurs, trop globale et assortie d'un forfait non assis sur une exploitation détaillée, la présomption de cession ne permet plus d'intéresser l'auteur à l'exploitation de l'œuvre. Elle se résume à une prime. Mais, si l'on veut, comme en matière de publicité, détailler toutes les exploitations et prévoir des mécanismes régulateurs des éléments de calcul du prix, elle devient une institution très complexe et passablement lourde qui, de toutes façons, déroge à l'article L.111-1 al.3. Il nous semble donc qu'il faut trouver une voie moyenne, aussi respectueuse que possible des principes fondateurs du droit d'auteur comme de ceux qui régissent la cession tout en évitant de rentrer dans une complication institutionnelle supplémentaire. Il nous semble que la proposition suivante pourrait répondre à ces contraintes.

45.- Détermination des conditions générales de la cession dans un contrat de création à exécution successive et à durée indéterminée .- Ainsi qu'on l'a vu dans l'analyse juridique qui précéda ces développements, la détermination contractuelle des conditions de la cession pose une difficulté particulière dans les contrats de création à exécution successive –et notamment le *contrat de travail*- dans la mesure où l'article L.131-1 pose l'interdiction des *cessions globales d'œuvres futures*. Quelque réserve que l'on puisse avoir sur l'imprécision de sa rédaction, il n'est pas envisageable d'abroger purement et simplement ce texte car il recèle une part importante du statut protecteur du créateur. Dans son principe, il est, d'ailleurs, unanimement salué comme bénéfique par la doctrine. On pourrait, bien sûr, se contenter d'ajouter un alinéa second précisant que cette interdiction ne vaut pas dans le cas d'un *contrat de travail*. Mais, outre que le *contrat de travail* n'est pas nécessairement le seul qui soulève ce genre de difficulté, ce serait faire bon marché de la protection du créateur à l'occasion de la signature d'un contrat essentiel qui engage son avenir professionnel. On s'exposerait à voir fleurir dans tous les contrats de travail, comme une clause de style, une cession détaillée et définitive de tous les droits pour toutes les formes d'exploitation connue et à venir sans autre contrepartie que le salaire (formalisation contractuelle de la théorie

⁴⁴ Voir, A.Dietz, in Nimmer & Geller, International Copyright Law and Practice, Matthew Bender, 1998, GER-45.

jurisprudentielle de la cession implicite). On ne peut y souscrire. Il nous semble donc que la solution la plus judicieuse consiste à *clarifier les conditions d'application de la règle* en partant d'une interprétation équilibrée qui prenne en compte les intérêts des deux parties.

Ainsi pourrait-on envisager d'introduire un alinéa 2 dans l'article L.131-1, lequel pourrait être rédigé de la sorte :

“Un contrat de création à exécution successive et à durée indéterminée⁴⁵ peut, sans méconnaître l'alinéa 1^{er}, prévoir une offre permanente d'acquisition des droits patrimoniaux sur les œuvres à créer. L'offre doit être assortie des conditions contractuelles requises par l'article L.131-3. Ces conditions générales d'acquisition des droits d'exploitation font l'objet d'une négociation collective par branche⁴⁶.”

La transmission du droit patrimonial s'opère, au fur et à mesure de la divulgation des œuvres, sous réserve du respect des dispositions suivantes :

1°) *Une entreprise de la branche peut unilatéralement décider d'accorder à ses auteurs des conditions plus favorables que celles négociées collectivement. Sauf stipulations individuelles plus favorables, les conditions générales d'acquisition des droits collectivement négociées s'appliquent à tous les contrats de travail/de création⁴⁷ conclus entre les auteurs et l'entreprise.*

2°) *Jusqu'à divulgation de l'œuvre, l'auteur peut demander à son cocontractant, par lettre recommandée ou tout autre moyen contractuellement accepté, la modification des conditions générales d'acquisition des droits. En cas d'accord du cocontractant sur l'objet de la requête, les parties signent un avenant modifiant les conditions litigieuses. En cas de désaccord, l'auteur a x jours pour saisir le TGI/le Conseil des Prud'hommes (du domicile de l'auteur, du siège social de l'employeur)/la Commission paritaire qui tranchera. Passé ce délai, ou en l'absence de la requête modificatrice précitée, l'auteur est réputé agréer les conditions générales d'acquisition des droits.*

3°) *La divulgation a lieu dans les conditions prévues à l'article L.121-2 al.2. Elle vaut acceptation tacite, ferme et définitive, par l'auteur, de l'offre d'acquisition des droits d'exploitation sur l'œuvre en cause, aux conditions qui résultent de l'alinéa précédent.*

4°) *Sous réserve de l'application de l'article L.121-8 al.2 ou d'une solution différente dans l'accord de branche, l'absence d'exploitation de l'œuvre pendant un délai de x mois/années à compter de sa divulgation entraîne la résolution de plein droit de l'exclusivité dont pouvait être affectée la cession.*

5°) *A la fin du contrat de travail, les effets de la cession perdurent à titre non exclusif au bénéfice de l'entreprise, pour la durée et le domaine d'exploitation découlant des conditions générales. Sauf clause plus avantageuse, les conditions financières de cession, applicables à l'auteur à l'expiration de son contrat, sont,*

⁴⁵ On pourrait aussi préférer une rédaction plus étroite ne visant que le contrat de travail ; étant donné qu'il ne s'agit pas d'introduire un statut dérogatoire mais au contraire de préciser le statut de droit commun qui se dessine dans la loi de 1957, il n'y a guère de raison de limiter la construction à une construction contractuelle spécifiée.

⁴⁶ On peut aussi rendre obligatoire la négociation collective. Il faut voir en opportunité ce qui est préférable. Deux points peuvent encore susciter examen : si la négociation collective n'est pas obligatoire selon quel schéma décisionnel en vient-on à ce mode de négociation dans une branche ? Par ailleurs, la question peut se poser des organismes invités à négocier. Faut-il les préciser dans la loi, ou en laisser ouverte la désignation ? Dans la plupart des cas, il s'agira des syndicats mais il n'est pas certain que les sociétés d'auteurs n'ait pas leur place, au moins dans certains secteurs.

⁴⁷ Même observation que précédemment. Si l'on retient la rédaction générale, le mécanisme s'applique aussi à des collaborateurs occasionnels, à des pigistes non salariés.

pour les exploitations à venir, réputées indexées sur les conditions générales applicables dans l'entreprise.

L'entreprise ne peut plus jouir de l'exclusivité des droits sur les œuvres créées par le salarié qu'en vertu d'un avenant conclu en fin de salariat sur les œuvres qu'elle retient ou en vertu d'une clause adjointe aux conditions générales et acceptée expressément par le salarié, œuvre par œuvre ”.

Un texte de cette nature ne ferait, à notre sens, que *clarifier l'interprétation* de l'article L.131-1 CPI *sans toucher à sa substance.*

46 .- Commentaire du projet de texte suggéré .- Le 1°) permet d'envisager une personnalisation à double détente des conditions générales négociées collectivement. D'abord, *entreprise par entreprise*. Pour toutes sortes de raisons, à commencer par une politique concurrentielle visant à attirer les meilleurs créateurs, une entreprise peut décider de consentir à ses auteurs des conditions d'acquisition des droits *plus avantageuses* que celles de l'accord de branche. L'important, pour elle, est alors de le faire savoir. On pourrait songer à prévoir une forme de publicité professionnelle de ces conditions particulières, propres à l'entreprise. La connaissance de ces conditions peut être un facteur de choix pour les créateurs. Par ailleurs, la publicité de ces conditions peut susciter une certaine émulation entre les entreprises. Personnalisation ensuite au niveau individuel : il n'y a pas de raison qu'un créateur de grand renom se voie imposer les mêmes conditions qu'un créateur inconnu. Mais, en même temps, il faut veiller à ce que les conditions collectivement négociées ne soient pas transgressées à la baisse.

Le 2°) est très important car c'est lui qui, à partir de l'analyse développée⁴⁸, permet de ménager tous les principes de la cession : il n'y a pas de *cession globale* portant sur des *œuvres futures* puisque le mécanisme, susceptible de révision *œuvre par œuvre*, s'individualise également *œuvre par œuvre*. Ce faisant, on respecte les exigences de l'article L.131-1 CPI et n'en réforme point le dispositif. Le respect de ces exigences conduit-il à une solution encore trop lourde pour les entreprises ? Pour prendre la juste mesure de la contrainte, il faut examiner la question sous ses divers angles. Le fait que l'auteur ait la faculté de demander une révision des conditions générales ne signifie pas qu'il l'obtiendra nécessairement. L'option fondamentale est alors la suivante : l'auteur renonce ou l'auteur persiste. Si l'auteur renonce à sa demande, cas vraisemblablement le plus fréquent, on en revient à *l'acceptation tacite des conditions générales*. Si l'auteur persiste dans sa demande, on ne peut sortir de la difficulté que par un arbitrage. Encore faut-il apprécier exactement le risque.

Puisqu'il s'agit, pour l'auteur, de contester les conditions générales de la cession, c'est à lui qu'il incombe d'intenter l'action. Le texte lui réserve d'ailleurs expressément la saisine de l'organe juridictionnel/arbitral. Ce choix délibéré est, à son tour, un point important du dispositif en ce qu'il poursuit un double but temporisateur.

a) Il ne faut pas perdre de vue que le contentieux est lourd et difficile à assumer dans le rapport avec une entreprise dont on tient sa subsistance. Le créateur ne s'y résoudra qu'en cas d'enjeux importants. Attribuer l'initiative de l'action au créateur est, en soi, une garantie pour l'entreprise qu'elle ne sera pas perturbée par un abus d'actions intempestives. Dans un même esprit de sauvegarde des intérêts de l'entreprise, un délai bref de forclusion est prévu au-delà duquel l'auteur est *préssumé renoncer à sa demande* s'il ne l'a pas introduite. Peut-être serait-il

⁴⁸ Voir supra n°111

expédient de prévoir des délais différents selon les secteurs, certains domaines s'accommodant d'une réflexion prolongée de l'auteur alors que d'autres, à raison du lien entre l'œuvre et l'actualité, imposeraient un délai plus bref. En ce cas, il suffirait renvoyer le délai à un décret d'application. En sens inverse, *si l'enjeu est important, il faut permettre au créateur d'agir*. En contrepartie du fait que la saisine revienne au créateur, il serait judicieux d'introduire une commission mixte paritaire dont les frais de fonctionnement seraient assumés par les entreprises et *qui n'aurait compétence que pour arbitrer le différend relatif au réajustement des conditions générales d'acquisition du droit patrimonial au regard d'une œuvre déterminée*. Jouant rôle d'instance arbitrale, elle permettrait de simplifier, accélérer la procédure et éliminer les coûts.

b) Puisque l'acte de divulgation, dans l'économie globale du système, est aussi l'acte qui scelle la cession, il faut éviter que l'auteur n'en profite pour déplacer systématiquement le contentieux du terrain patrimonial vers le terrain moral en se contentant de *refuser de divulguer* dans l'attente que le cocontractant ne saisisse la juridiction civile. Toute confusion entre les deux contentieux est foncièrement nuisible. Réserver la saisine de la Commission au créateur est une manière de distinguer les contentieux : s'il souhaite renégocier les conditions, il n'a pas d'autre choix que de passer par la procédure décrite au 2°), impliquant la saisine dans les conditions susdites. S'il reste passif et se replie sur un refus de divulguer, le contentieux qui en résultera ne pourra plus concerner que le droit de divulgation et se dérouler conséquemment devant le TGI. Il ne lui sera plus permis de renégocier les conditions pécuniaires.

Le 3°) pose le mécanisme central car il permet un *transfert automatique des droits d'exploitation* au fur et à mesure de la création et *sans aucune formalité*. Le mécanisme s'applique uniformément à *toutes les créations réalisées par l'auteur sous contrat*. Par renvoi au texte relatif à la divulgation, il fait produire à la *remise de l'œuvre* un double effet : *exercice du droit de divulgation* et *acceptation des conditions validées de cession*. Etant entendu que dans l'immense majorité des cas les conditions générales n'auront pas été remises en cause selon la procédure du 2°, la simple remise vaudra, en fait, cession selon les termes des conditions générales. L'entreprise acquerra ainsi graduellement, *dans la sécurité juridique autant que le respect du droit des créateurs*, le droit d'exploitation nécessaire à son activité économique sur toutes les œuvres de ses auteurs.

Cela étant, le mécanisme mis en place par le 3°) est général. Ce n'est pas nécessairement sans inconvénient. En effet, la cession étant normalement exclusive et le salaire pouvant être bas en considération des droits d'auteurs à venir en complément, l'auteur peut se trouver pénalisé si l'entreprise n'exploite pas *son* ou *ses* œuvres. Le 4°) vise à tempérer les conséquences qu'induit la généralité du mécanisme susdit. Une solution radicale pourrait consister dans *la résolution de plein droit* de la cession après un délai d'inexploitation consécutif à la divulgation (6 mois, 1 an, 3 ans, 5 ans ?...). Il est sans doute plus équilibré pour les deux parties *de ne revenir que sur l'exclusivité* dont était assortie la cession, soit par les termes des conditions générales, soit en conséquence des obligations produites par le contrat de travail. Ainsi, l'entreprise conserve le droit d'exploiter l'œuvre au cas où l'opportunité s'en ferait sentir. On en revient par là, et pour la généralité des œuvres, à la solution admise dans le cas de la presse, qui reste naturellement inchangée dans son domaine. Il se peut que le correctif ne soit pas adapté à certaines branches d'activité. Il est judicieux, dans cette perspective, laisser ouverte

l'échappatoire d'un autre correctif voire d'un autre mécanisme⁴⁹, à condition que la modification résulte de la négociation collective, faute de quoi on risque de voir fleurir des clauses de style mettant à néant la construction.

Le 5°) permet de régler la délicate question du sort de l'auteur (et de l'entreprise) après la fin du contrat. Il importe que l'entreprise puisse continuer à exploiter les œuvres dont elle fut le cadre de création mais pas à n'importe quel prix pour l'auteur. Il semble raisonnable de partir sur une distinction entre une exploitation exclusive et non exclusive, ainsi que sur un principe d'indexation des conditions financières de la cession qui permet de réserver les droits du créateur autant que la sécurité de l'entreprise.

47.- Rémunération proportionnelle.- Comme on l'a vu, le droit à rémunération proportionnelle de l'auteur est un trait constitutif important du statut de l'auteur. Il faut veiller à son respect le plus souvent possible sinon à son perfectionnement. A cet égard, l'argument invoqué dans le livre blanc du SPMI n'emporte nullement la conviction : *" Il importe de ne pas oublier que le Code de la propriété intellectuelle n'a fait que reprendre, à droit constant, les termes de la loi du 11 mars 1957. Or, cette loi est antérieure aux premières dispositions gouvernant l'intéressement des salariés à leur entreprise (ordonnance n°59-126 du 7 janvier 1959) et la participation de ces mêmes salariés aux fruits de l'expansion des entreprises (ordonnance du 17 août 1967). Cela signifie que la logique économique qui présidait aux travaux de la loi de 1957 n'a pu qu'être perturbée par ce nouveau dispositif légal favorable aux auteurs salariés bénéficiant d'accords d'intéressement et de participation au sein de l'entreprise. En effet, dans cette dernière hypothèse, l'auteur salarié bénéficie, par son salaire, d'une première rémunération forfaitaire et d'une rémunération proportionnelle liée aux résultats de l'entreprise au titre de la participation et/ou de l'intéressement, cette dernière tenant compte des résultats de l'exploitation des titres multimédia "*⁵⁰. Le mécanisme de la loi de 1957 et celui des ordonnances précitées n'interfèrent nullement. L'un participe du statut du créateur et concerne l'exploitation des œuvres. L'autre participe du statut du travailleur et concerne l'intéressement à l'activité économique de l'entreprise. Le fait que le Législateur se soit inspiré d'un même principe dans ces deux domaines en confirme bien, au contraire, la valeur. Il n'établit ni l'anéantissement ni l'absorption de l'un par l'autre. Certes, les *titres multimédia* seront pris en compte dans l'exercice puisqu'il s'agit d'un élément de l'activité globale de l'entreprise ; c'est bien le moins que ceux qui les ont créés bénéficient indirectement de l'expansion à laquelle ils ont participé, puisque *tous les travailleurs* de l'entreprise en profitent, y compris ceux qui ne les ont pas créés. Ce qui est en cause est une rémunération distincte pour ceux qui, parmi les travailleurs, ont précisément créé ces titres. Pour que l'on ose soutenir une absorption d'un mécanisme par l'autre, encore faudrait-il qu'ils produisent des résultats au moins comparables. Uderzo et Goscinny, salariés de Dargaud, auraient-il par le biais de cet *intéressement*, reçu une rémunération équivalente aux droits d'auteur qu'ils ont touchés ? Ce raisonnement " assimilateur " est exactement de même nature et de même conséquence que la *cession implicite* ⁵¹. Il conduit à faire

⁴⁹ On a vu (supra n°111) que, en marge de la solution qui a été retenue pour sa fluidité, il était également possible que les conditions générales expriment l'offre de cession de l'auteur, laissant au contractant le choix des œuvres à propos desquelles il accepte l'offre. Dans ce cas, la divulgation ne fait que valider et actualiser l'offre. La cession ne s'opère que par l'acceptation du cocontractant.

⁵⁰ La presse française sera-t-elle sur Internet ? Pour une défense de l'œuvre collective - 1998- SPMI, p.20.

⁵¹ Voir supra n°102.

main basse sur la part qui revient aux créateurs et, dans ce cas précis, à la partager en partie entre des non-créateurs. C'est donc dans un sens inverse qu'il convient d'aller.

48 .- Salaire et droits d'auteur .- Très judicieusement la Cour de cassation oblige les employeurs à distinguer clairement ce qui relève du salaire et ce qui relève des droits d'auteur. Il n'y a pas de crainte à nourrir sur le fait que salaire et droits d'auteur puissent grever trop lourdement les entreprises. Il s'instaure un équilibre naturel entre les deux. Plus les conditions de participation à l'exploitation de l'œuvre sont avantageuses, moins le salaire a lieu d'être élevé (et moins l'intéressement aux fruits de l'entreprise sera important). A l'extrême, l'intégration à l'entreprise du salarié-créateur peut ne se concrétiser que par un *salaire minimum*. Mais l'inverse est vrai aussi. La souplesse de la cession permet d'aller jusqu'à une *cession gratuite* moyennant un *salaire maximum*. A noter que, si la cession gratuite n'était pas compensée par un salaire en proportion des profits que l'exploitation des œuvres assure à l'entreprise, elle serait sans doute annulable à la demande du salarié⁵². L'avantage pour le salarié est la fixité du montant. L'inconvénient est qu'il perd tout droit à demander des comptes à son employeur sur l'exploitation effective des œuvres qu'il a créées de façon à évaluer si son salaire reste en relation avec ce qu'il aurait perçu au titre des droits. Si le salaire s'établit à un niveau comparable à ce qu'auraient produit les droits, on voit que cela peut substantiellement augmenter les charges fixes de l'entreprise, en quoi le mécanisme du droit d'auteur est loin d'être défavorable aux entrepreneurs. Bien géré, il permet de réduire au minimum les charges fixes de l'entreprise et de ne rémunérer les créateurs que sur les *rentrées effectives* relatives à ce qu'ils ont créé tout en les intéressant au devenir de l'entreprise ; cette participation au devenir économique de l'entreprise invite les créateurs à s'investir et à donner le meilleur d'eux-mêmes. En bref, le droit d'auteur fait des créateurs des *partenaires privilégiés* de l'entreprise. C'est dans cette mutation culturelle du *travailleur en partenaire* que se situe sans doute le blocage le plus difficile à dépasser pour les entreprises. Il en résulte que, de manière beaucoup plus épidermique que raisonnée, les entreprises rejettent les *droits d'auteur*. Sans bien évaluer la richesse et la souplesse de l'outil pécuniaire dont elles se privent, elles cherchent à les contourner par tous les moyens. Et, quand elles ne peuvent faire autrement que d'en accepter l'existence, elles n'admettent à grand peine que le *forfait*. Le cas du logiciel est exemplaire à cet égard⁵³. Ou encore, elles ne proposent le versement des droits d'auteur qu'*annuellement* de manière à pousser les créateurs à reporter toute leur attention que sur le salaire. Ces deux tendances méritent d'être examinées à présent.

49 .- Modalité de versement et de calcul des droits d'auteur .- De manière à ce qu'ils puissent jouer le rôle voulu par le législateur, il serait souhaitable d'introduire, dans l'article L.131-4 CPI, une disposition permettant aux créateurs d'obtenir, à leur demande, la *mensualisation* du versement des droits d'auteur lorsqu'ils optent résolument pour ce mode de rémunération. En effet, donner le

⁵² Voir, R. Plaisant, Propriété littéraire et artistique, Delmas, 1985, n°187 : " Le législateur ne détermine pas la sanction applicable dans le cas où la participation proportionnelle n'est pas stipulée, et de même dans le cas où le pourcentage est dérisoire ou fictif. Etant donné l'importance de la règle, il semble qu'il y ait nullité, nullité relative, la règle étant protectrice de l'auteur. La nullité devient une résiliation si l'œuvre a été exploitée et l'auteur a droit à des dommages-intérêts. Le montant de ceux-ci n'est autre, sauf préjudice particulier, que celui de la participation qui aurait dû être payée... "

⁵³ Voir supra n°103.

choix aux auteurs entre des droits d'auteur répartis annuellement ou un salaire versé mensuellement, c'est fausser le choix. Les auteurs ne peuvent pas attendre un an pour vivre. Or, l'avance n'exclut pas la rémunération proportionnelle ; on pourrait tout à fait raisonner comme dans la mensualisation des impôts par prévision et régularisation.

50 .- Assiette de la rémunération des œuvres exploitées sur le réseau .- En l'état actuel des choses, l'accès aux œuvres disponibles sur le réseau est gratuit. Le mécanisme n'exclut pas un abonnement ou un paiement ponctuel, mais le procédé ne constitue pas la généralité. L'absence de prix public ôte toute base à un éventuel calcul proportionnel (sans exclure le forfait, mais à défaut de ressources claires et affectées, le forfait tend à être fixé au plus bas prix). Prévoir et identifier les ressources indirectes générées par l'exploitation sur le réseau sur lesquelles imputer le paiement des auteurs serait souhaitable. Sans écarter la rémunération spécifique dans le cas de services spécialisés dans la délivrance d'œuvres, on peut songer à une taxe comme la redevance audiovisuelle ou une part du budget publicité. L'introduction d'une taxe risque d'être impopulaire. Si elle est présentée comme destinée à rémunérer les auteurs, elle n'améliorera guère l'image des créateurs... L'affectation d'une part des ressources issues de la publicité semble, dans l'immédiat, plus adéquate.

51 .- Identification des bénéficiaires de la rémunération .- Dès lors que l'auteur n'est pas rémunéré une fois pour toute mais en fonction de l'exploitation, se pose une difficulté particulière qui est *l'identification des bénéficiaires de la rémunération*. Pendant le temps où le créateur est dans l'entreprise, la question est relativement simple, même si une seule œuvre peut comporter un nombre important de contributeurs. La difficulté survient essentiellement à compter du moment où le contributeur a quitté l'entreprise. En effet, il ne perd pas son droit à rémunération en cas d'exploitation de l'œuvre par l'entreprise ; *celle-ci peut pourtant perdre sa trace*. Pour résoudre cette difficulté, il faut distinguer entre avant et après la réforme proposée.

1) A compter de la réforme proposée, une première difficulté devrait être résolue : celle de *l'autorisation d'exploiter*, puisque après la fin du contrat de création à durée indéterminée, l'entreprise resterait sans autre formalité cessionnaire du droit d'exploitation à titre non exclusif aux conditions fixées et indexées. Moyennant une négociation *ad hoc*⁵⁴ elle pourrait même être cessionnaire exclusif. Le seul point qui resterait assujéti à accord distinct serait le cas de *nouvelles exploitations* relevant de *nouveaux procédés* non prévus -voire non prévisibles- tant que le créateur était dans l'entreprise. Aussi conciliant soit-on, il paraît difficile d'éviter qu'une clause par laquelle un auteur accepterait la divulgation de son œuvre *par des moyens inexistant au jour de sa stipulation* ne soit annulable. Que ce soit pour verser les droits afférents à l'exploitation autorisée ou pour négocier une autorisation nouvelle, non comprise dans l'exploitation licite, on doit pouvoir procéder à l'identification du bénéficiaire.

Pour l'exercice du droit au nom, l'entreprise doit conserver le nom de l'auteur associé à chaque œuvre tant qu'elle conserve une matrice exploitable. Mais, plus le temps passe, plus les coordonnées de l'auteur ont de chances d'avoir évolué. Il est même possible que l'auteur soit décédé et que les droits soient à verser à des ayants cause. Par ailleurs, l'entreprise peut après un certain temps se raviser et souhaiter

⁵⁴ Soit à la fin du contrat de travail, soit à sa signature avec levée formelle d'option (voir, supra n°133-5°).

négocier la *cession exclusive* qu'elle n'a pas demandée au terme du contrat (si c'est encore possible). Elle peut également vouloir clarifier l'étendue territoriale de son exploitation si elle a antérieurement laissé passer les occasions de le faire. La seule manière de régler cette difficulté semble être de créer un *fichier central des auteurs régulièrement mis à jour*. Pour simplifier la tâche du gestionnaire du fichier, l'obligation peut incomber aux *auteurs de se faire connaître et d'y faire porter toute modification de leurs coordonnées ou de leur état*, faute de quoi les droits ne leur seraient pas versés mais attribués à une caisse dont les fonds seraient mis à disposition d'un soutien à la création.

2) En ce qui concerne les œuvres réalisées et divulguées avant la réforme proposée, la difficulté précédente liée à l'identification des bénéficiaires des versements se double de l'éventuelle nécessité d'obtenir une *autorisation d'exploitation*. Cette régularisation risque d'être d'autant plus répandue que la jurisprudence extensive relative à l'œuvre collective a favorisé l'absence d'accords et de solutions claires. La question se pose, de toutes façons, pour les tiers qui voudraient intégrer à des œuvres multimédia des créations préexistantes. Outre une disposition de droit transitoire pour régler le sort des œuvres non prévu par les contrats, la seule solution satisfaisante est celle déjà proposée du *guichet unique*. Encore faudrait-il, pour que cette solution satisfasse à toutes les attentes, que ce guichet unique regroupe *tous les contributeurs* (auteurs comme titulaires de droits voisins) de façon à faciliter l'obtention des autorisations quand elles sont nécessaires pour la création de nouveaux produits multimédia. Il serait rationnel que le fichier central des auteurs soit tenu par cet organisme.

CHAPITRE 3

Vers un statut réunié de la création plurale coordonnée

52 .- Pour une simplification du régime de la *création plurale coordonnée*⁵⁵.-
Le régime de la création plurale est sans doute le point le plus faible de la loi de 1957 en raison d'un manque arbitraire d'unité, source de nombreuses complications et conflits de qualifications. A côté de la pure création en collaboration, petite république grecque où chaque citoyen-créateur est à égalité avec l'autre, la pratique révèle une *création en étoile*, sociologiquement beaucoup plus fréquente, que l'on pourrait décrire comme une *création en collaboration* sous la férule d'un *promoteur* (souvent investisseur). Sa spécificité est d'être une *création plurale coordonnée* en quoi elle se distingue essentiellement de l'œuvre composite, qui est une *création plurale emboîtée*. Mais sa structure reste fondamentalement la même dans la presse, l'édition générale ou l'audiovisuel. Pourtant, cette même structure donne lieu, pour des raisons contingentes, à des régimes différents. Il n'est pas douteux que l'intervention d'un investisseur engageant des fonds importants introduit des contraintes particulières dont il est normal de tenir compte. Toutefois, la logique voudrait que ces contraintes, analogues dans ces divers domaines, viennent simplement s'imputer sur le droit commun de l'œuvre de collaboration et en infléchir le régime sans susciter des catégories juridiques concurrentes aux régimes opposés. La création plurale conserverait ainsi un régime homogène et clair. Tel n'est pourtant pas le cas. A côté de la création en collaboration, réputée constituer un *droit commun* sociologiquement minoritaire, la loi reconnaît des régimes totalement indépendants et différents en fonction des secteurs, créant de multiples et artificielles difficultés de qualification, sans qu'il y ait à cela beaucoup d'autres raisons que le poids l'histoire et la marque des lobbies.

On a vu ce que l'on pouvait penser de l'*œuvre collective*. Le régime de l'audiovisuel est, lui aussi, anormalement et inutilement dérogatoire. Les effets potentiellement pervers de la présomption de cession ont, certes, été largement désamorçés, il n'en reste pas moins que le *régime du droit moral* n'y est pas acceptable. Outre que l'article L.121-5 al.5 suspend l'exercice du droit moral jusqu'à un achèvement dont la décision revient au producteur et au réalisateur « *ou, éventuellement, aux coauteurs* », il instaure sans aucune justification un double régime de fait. Parce qu'il intervient chronologiquement en dernier et parce qu'il est l'interlocuteur privilégié du producteur pour décider de l'achèvement de l'œuvre, le réalisateur a, *de facto*, un statut très privilégié (qui se traduit sociologiquement par la place qu'il prend sur le générique). Non seulement ce culte du réalisateur⁵⁶ ne correspond nullement à la réalité de l'apport créatif, mais on n'y

⁵⁵ Ainsi qu'il a déjà été dit, l'expression ne dénote ici qu'un mode particulier de création non le substitut à l'œuvre collective proposé par le Pr.Cédras pour régler, sur le fondement du mandat, les questions de titularité qui en résultent.

⁵⁶ qui, comme son nom l'indique, *réalise* une œuvre essentiellement *conçue* et déjà *partiellement réalisée* par d'autres

retrouve plus l'esprit de *l'œuvre de collaboration*⁵⁷. Cette dérive prend sa racine dans le système de la loi qui fait du réalisateur un *auteur privilégié* et des autres contributeurs, des *auteurs secondaires*. En effet, la suspension du droit moral et le mécanisme de l'article L.121-6 pénalisent surtout les auteurs du *scénario* et des *dialogues* –beaucoup plus rarement de la musique- alors que, au moment où chronologiquement ils interviennent, l'argument financier est irrecevable. En effet, les investissements lourds ne sont engagés qu'à compter du tournage, non au moment de l'écriture. Au pire, le producteur a consenti une avance au dialoguiste, mais c'est à peine une goutte d'eau au regard du budget d'un film. Pourtant, le régime qui est fait à l'auteur littéraire (scénario et dialogue) le met *pieds et poings liés* dans les mains du *producteur* et du *réalisateur*, comme si la moindre de ses réticence coûtait le prix d'une équipe de tournage sur le pied de guerre à l'étranger. L'un comme l'autre –et ils ne s'en privent pas, en pratique- peuvent lui faire refaire son travail autant de fois qu'ils le veulent, *sans qu'il n'ait aucun moyen juridique de faire valoir son point de vue*. Le temps que prennent ces multiples versions successives -qui, parfois, n'aboutissent même pas à un tournage- montrent bien qu'à ce stade, *il n'y a aucune justification financière à la règle*. Alors même qu'un accord semble s'être dégagé sur l'œuvre littéraire, rien n'empêche le réalisateur, voire le producteur, en cours de tournage, voire en cours de montage de modifier unilatéralement son apport ou de le faire modifier par un autre auteur : la création de l'auteur littéraire dans une œuvre audiovisuelle n'est qu'une *matière intellectuelle* offerte à la façon d'autrui. Il n'y a pas de différence avec la pratique américaine, *hormis une nette différence dans la rémunération...* La seule manière, pour l'auteur littéraire, de manifester son désaccord est, en dernier ressort, de quitter le projet; mais, dans ce cas, il ne peut même pas s'opposer à ce que l'on *utilise* son travail (art.L.121-6 CPI)⁵⁸. L'ultime geste de protestation qui lui soit ouvert, s'il craint pour son image, est de demander que son nom ne figure pas au générique⁵⁹. *Ces solutions sont totalement indignes du droit français*. L'auteur devrait disposer de son droit moral pendant la phase de création comme pendant la phase d'exploitation. Si le travail de l'auteur ne convient pas au producteur, les protagonistes en tirent les conclusions, comme pour n'importe quel autre contrat.

⁵⁷ On notera que pour justifier l'atteinte au droit moral d'un auteur, un arrêt antérieur à 1957, avait posé que « *l'intransigeance d'un seul, serait-il le créateur de la plus grande partie de l'œuvre, ne peut entraîner la ruine de l'œuvre commune, le prestige d'un coauteur ne pouvant conférer à ce dernier un droit moral de nature supérieure aux autres coauteurs et lui assurer une prééminence à l'égard de ceux-ci* » (Paris, 18 avr. 1956 : D 57, 108, note Desbois). Il est dommage que cet égalitarisme ne s'applique pas au réalisateur.

⁵⁸ Certes, en un temps où le caractère « industriel » de la production audiovisuelle n'était pas encore le leitmotiv qu'il est devenu aujourd'hui, la Cour de cassation avait admis que l'auteur de la contribution utilisée recouvrait son droit moral après achèvement pour agir, le cas échéant, en dénaturation (Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1959, D.1959.325, note G.Lyon-Caen et P.Lavigne ; JCP 1959 II 11144, note Montera). On ne peut que saluer l'effort de la Haute Cour pour limiter l'anomalie mais, en supposant qu'elle statuerait encore de cette façon aujourd'hui, le correctif est malheureusement plus symbolique qu'effectif : la *dénaturation* est, en matière d'adaptation, très difficilement admise par les magistrats. A partir du moment où l'*utilisation* de la contribution est *autorisée* par la loi, on peut supposer qu'elle serait d'autant plus difficile à établir. Au surplus, sur quoi déboucherait-elle ? Des dommages-intérêts ? La jurisprudence, à juste titre, est peu encline à convertir en espèces sonnantes et trébuchantes les manquements au droit moral... et le franc symbolique, il faut bien le dire, ne répare pas grand chose. La seule réparation vraiment adéquate ne pourrait être qu'une *réparation en nature*, par reprise de la version dénaturée; mais, outre les conséquences économiques ruineuses pour le producteur -que n'assureraient vraisemblablement pas les magistrats-, la solution reviendrait purement et simplement à écarter l'application de l'article...

⁵⁹ C'est, en général, l'attitude qu'adopte l'auteur quand il perd tout sentiment de filiation intellectuelle avec le projet voire quand il le désapprouve franchement et ne veut plus que son nom y soit associé. Il semble logique de considérer qu'il perd, alors, du même coup le droit d'invoquer le correctif symbolique de la dénaturation lors de l'achèvement.

A partir de là, d'autres dérives s'installent. L'usage est que les *réalisateurs*, prenant argument de la « collaboration nécessaire au sein de l'œuvre audiovisuelle », interviennent dans l'écriture du *scénario* et, parfois même des dialogues ; ce qui leur permet avantageusement, dans un deuxième temps, de faire valoir qu'ils sont *coauteurs au moins du scénario*, en plus de leur qualité d'*auteur des images* et sans omettre qu'ils peuvent avoir un *statut complémentaire de salarié*. La solution légale leur permet donc de cumuler jusqu'à trois ou quatre chefs de rémunération. A rebours, il est tout à fait exceptionnel que les " sous-auteurs " littéraires et musicaux interviennent directement dans la *réalisation* ou le *montage*. D'où, le *réalisateur* n'a, en fait, à compter qu'avec le *producteur* qui peut certainement lui demander de reprendre un montage ou certaines scènes (puisque, tant qu'il n'a pas donné son accord à la version finale, le *réalisateur* ne jouit pas plus que les autres auteurs de son droit moral).

En droit commun, l'intervention du producteur pour arrêter la version finale n'est pas totalement injustifiée : en sa qualité de maître d'ouvrage, il est naturel qu'il *recette* l'ouvrage. La seule chose qui puisse poser question est l'étendue de son incursion dans la conception artistique de l'œuvre. Mais, compte tenu du fait que, à ce moment-là, le compteur tourne et les capitaux filent, le producteur, sauf raison vraiment majeure de nature à compromettre la carrière du film, est peu enclin à faire reprendre des scènes et à faire traîner les choses comme c'est le cas au moment où l'auteur littéraire est seul à donner forme à ce que sera l'œuvre audiovisuelle.

Sans doute, l'ensemble complexe et onéreux dans lequel s'insère le créateur justifie-t-il quelques sacrifices ; mais le traitement qui lui a été réservé, d'abord, dans la loi de 1957 et, pire encore, dans la loi de 1985, est inadmissible. A terme, il semble nécessaire de revenir à des solutions plus conformes aux principes. Or, sur ce point, les solutions que la jurisprudence a développées, à propos des relations entre les contributeurs et le coordinateur-ensemblier, au sein de l'œuvre collective fourniraient, sans conteste, un cadre plus équilibré que celui qui fut édicté par le législateur dans le cadre de l'œuvre audiovisuelle. L'essentiel de la modification consisterait dans l'abrogation des articles L.121-5 et L.121-6, la jurisprudence étant tout à fait à même, comme elle l'a déjà prouvé, d'élaborer un régime de substitution plus juste et plus conforme à nos principes.

En bref, ce qui est proposé à travers ces diverses suggestions n'est rien d'autre que l'achèvement de la construction législative dont l'essentiel a été fixé et recueilli en 1957. Notre pays ne doit pas perdre de vue qu'un nombre non négligeable d'Etats dans le monde lui sont liés culturellement et ont les yeux tournés vers sa législation, notamment dans le domaine de la création. Les solutions que nous adoptons n'engagent pas seulement le sort des créateurs français. Elles sont susceptibles d'induire des conséquences qui débordent nos frontières.

QUATRIEME PARTIE

EVALUATION ÉCONOMIQUE

DES PROPOSITIONS

53 .- Préalables méthodologiques .- La présente partie n'a pas pour objectif de présenter un état des incidences juridiques de l'économie des Nouvelles Technologies d'Information et de Communication. Elle vise seulement à fournir, d'un point de vue économique, un cadre cohérent, simple et structuré pour répondre à quelques questions essentielles. Préalablement à toute problématique, quatre réflexions générales liminaires s'imposent pour fixer explicitement le cadre de l'analyse afin d'éviter ultérieurement tout malentendu sur la nature même du propos : le marché libéral, l'avènement de l'abondance, la problématique des coûts et le domaine de l'analyse.

54 .- Le contexte du marché libéral .- L'analyse est menée dans le cadre d'un *marché libéral*. Le marché est la rencontre entre deux acteurs différents : un "producteur" de bien ou service et un "acheteur" final ou intermédiaire. Le marché est libéral lorsque la rencontre est libre et l'échange non obligé.

Le marché libéral est alors un jeu économique qui sous-tend un certain nombre d'évidences :

- L'existence de *joueurs* : fournisseurs, utilisateurs, compétiteurs, complémenteurs,

- L'existence d'un *enjeu* : valeur ajoutée du jeu. Le résultat d'un jeu n'est jamais connu *a priori*, ni dans son montant, ni dans son partage. Chaque joueur doit pouvoir espérer y trouver un gain (surplus) sinon il n'y participera plus ; le jeu doit donc être équilibré.

- Le déroulement du jeu (*régulation*) se fait à base de règle du jeu. Comme dans le sport, la règle peut permettre le développement harmonieux du jeu, aussi bien qu'elle peut l'entraver si elle n'est pas adaptée. La règle du jeu est un peu comme le "choix du champ de bataille et celui des armes", elle est le reflet d'un rapport de forces.

- La *portée* du jeu : Durée ; portée. Une fois encore, comme dans le sport la durée a une influence considérable sur le déroulement du jeu, sur la tactique adoptée, sur les avantages momentanés... La portée du jeu, c'est-à-dire ses frontières (dimensions du terrain dans le sport, jeux liés...) influe également sur le jeu. Ainsi, dans le cas du présent rapport, la portée du jeu est-elle uniquement économique ou a-t-elle une dimension culturelle ?

Le marché de la "création" ne peut donc se réduire à une approche économique, binaire (auteur - producteur / l'exploitant - acheteur) et de court terme.

55 .- L'avènement de l'abondance .- L'analyse de la "création" s'inscrit aujourd'hui dans un cadre ouvert et d'abondance. Hier encore "bien rare", les réseaux propriétaires de diffusion, avec les nouvelles technologies deviennent des réseaux ouverts. L'espace de diffusion accède au statut de ressource quasi-inépuisable.

Quelques évidences en découlent, qui modifient les rapports de force entre auteurs et exploitants :

- L'évolution des technologies [numérisation ; Stockage ; transmission : capacité (hauts débits), fluidité (asymétrie) ; Compression] conduit rapidement à des situations d'excédent de capacité technique. La bataille des tuyaux se fera en grande partie autour de la variable *critique* des contenus, ainsi que commencent à en témoigner les alliances et fusions récentes : AOL-Time Warner ; T-Online - Club Internet...

Les diffuseurs auront de plus en plus besoin des auteurs.

- La mondialisation du marché et la normalisation du support multiplient les substituts possibles pour *une œuvre donnée*, prise isolément. Toute chose étant égale par ailleurs, dans l'instantané et en terme de diffusion *une œuvre donnée* est de moins en moins indispensable puisque les alternatives sont abondantes.

- Par contre, en moyen et long terme elle le devient de plus en plus. Dans l'abondance, la véritable rareté devient la capacité d'attention du client. Pour capter ou fidéliser cette attention de l'abonné, du lecteur, du téléspectateur, de l'internaute... les "effets de variété" du contenu sont des facteurs clefs de succès. L'économie de la créativité -celle de l'œuvre- alimente non seulement l'effet catalogue mais, elle est également la quintessence de l'effet de différenciation qui va attirer le client.

56 .- La problématique des coûts .- Les problématiques économiques de l'auteur et de l'exploitant sont toutes proportions gardées, identiques. Ce sont des problématiques de coûts fixes c'est-à-dire dans lesquelles les dépenses engagées ne sont pas directement liées à la quantité utilisée⁶⁰. Contrairement à l'économie des biens et à celle de l'imprimerie, dans l'économie de la création les N.T.I.C suppriment quasiment les *coûts de reproduction* et ceux *de mise à disposition*. Comme par ailleurs il n'y a pas de limite naturelle de capacité au développement de la production intellectuelle, d'un point de vue de rentabilité de l'offre la taille optimale est celle du marché mondial.

Si les coûts sont fixes, ils sont néanmoins de plus en plus élevés, aussi les intérêts des auteurs et des exploitants sont de plus en plus complémentaires pour la création d'effets de club d'externalités de réseaux et effets de feed-back.

57 .- Le domaine de l'analyse .- Il nous est essentiel de définir avec précision le domaine d'analyse : économie de la "production" d'œuvre ou économie de la "création" ? Le débat n'est pas que sémantique, loin s'en faut.

- S'il est question d'économie de *production* d'œuvre, on se situe dans une logique industrielle de fabrication, par combinaison de consommations intermédiaires, fussent-elles immatérielles (temps, connaissances, savoir-faire...). L'œuvre de commande est alors possible, un cahier des charges de fabrication envisageable, en fonction duquel un prix d'acquisition sera fixé. Le produit (output) est explicitement lié aux éléments incorporés (inputs), sinon de façon programmable au moins de façon prévisible.

⁶⁰ Si ce n'est bien sûr par "paliers".

- S'il est question d'économie de la *création*, l'analyse est toute autre. La création ne se *fabrique* pas, ne se décrète pas, ne se programme pas... elle se *génère*. Elle n'est jamais un résultat obligé, prévisible, elle est seulement un résultat possible. Elle est conception, innovation, invention.

En termes de création, trois niveaux doivent être clairement distingués :

1. *Création intellectuelle*. Empreinte de la personnalité du créateur : intuition, curiosité, valeurs esthétiques, philosophiques, sens critique... Elle est par nature unique, inaccessibile. Elle est spécifiquement protégée par le droit moral.

2. *Création d'un produit*, d'un service, appelé l'*œuvre*. La création intellectuelle immatérielle se cristallise sur un support (papier, magnétique, visuel, formule mathématique...) qui en permet la reproduction, la mise à disposition, l'utilisation. Si l'*œuvre* est utile⁶¹, il lui correspond un public auquel elle fournit une prestation, un service (besoin ou envie; satisfaction finale ou intermédiaire). Cette prestation doit faire l'objet d'une rémunération, c'est l'objet du droit économique ou patrimonial. A la limite, l'*œuvre* peut résulter d'un travail individuel ou collectif mais, en tout état de cause il s'effectue à partir d'une création intellectuelle qui doit être rémunérée en tant que telle.

3. *Création de valeur*. Elle n'a lieu que si l'*œuvre utile* est *utilisée*, que si l'*usage* se transforme en *usager*, le *public* en *clientèle*. Souvent, cette transformation nécessite l'intervention d'un tiers (exploitant) et une logistique de valorisation : stockage, mise à disposition, information (faire-savoir), communication (faire-valoir : attirer, convaincre, éduquer, fidéliser...).

Le partage de la *création de valeur* -présente et à venir, directe et indirecte- doit alors se faire selon un principe d'équité, sans captation par l'un des acteurs de tout ou partie du surplus qui, légitimement , revient à l'autre.

58 .- Les questions posées .- Le champ de la réflexion étant encadré par ces remarques liminaires, trois questions nous sont posées.

1) *La règle de l'attribution initiale à l'auteur puis de la cession patrimoniale à l'exploitant selon les modalités du droit d'auteur est-elle de nature à induire un désavantage économique par rapport à un système qui assimilerait le traitement de la création à celui du travail dans le cadre d'un contrat de travail, à l'instar du copyright américain ?*

2) *Le contexte des nouvelles technologies et notamment des réseaux impose-t-il, économiquement, une analyse particulière ?*

3) *Quelle est la manière optimale de gérer la répartition des profits pécuniaires issus de l'exploitation entre l'auteur et l'exploitant sur le plan économique ?*

Chacune d'entre elles fera l'objet d'un chapitre distinct.

⁶¹ Utile sera ici employé au sens économique du terme de "procure une satisfaction".

CHAPITRE 1

L'impact économique du droit d'auteur

Rappel de la question :

La règle de l'attribution initiale à l'auteur puis de la cession patrimoniale à l'exploitant selon les modalités du droit d'auteur est-elle de nature à induire un désavantage économique par rapport à un système qui assimilerait le traitement de la création à celui du travail dans le cadre d'un contrat de travail, à l'instar du copyright américain ?

59 .- Notion de désavantage économique .- Répondre à cette question présuppose, premièrement, de définir ce que serait au plan global un "désavantage économique", deuxièmement, de préciser au détriment de quel acteur il s'exercerait.

1) Au plan global, la notion de désavantage ne prend de signification qu'en terme d'appauvrissement collectif, sous forme de diminution du surplus global. Cette diminution pourrait avoir trois origines :

- La diminution de la création française (effet volume)
- La diminution du surplus qui résulte de la production française (effet global)
- L'absence d'effet volume au niveau de la consommation, la baisse de création française étant compensée par un recours accru aux substituts : création étrangère.

2) Désavantage pour qui ? Même s'il est l'enjeu du contrat, le public est absent du jeu économique qui se noue dans ledit contrat. Le public n'étant pas "partie" au contrat, le jeu est donc limité à un jeu d'offreurs. Le jeu serait alors à somme nulle, ce qui est gagné par l'un étant perdu par l'autre. C'est le problème de la transformation de la juste rémunération en rente ou en terme économique, celui de la captation d'une partie du surplus d'autrui.

60 .- Eléments d'analyse .- Dans ce jeu entre offreurs (auteurs et exploitants), trois vérités doivent être constamment présentes à l'esprit :

- La pérennité du jeu, dans un marché libéral, tient à la pérennité du gain de chacun des joueurs, sinon le joueur perdant ne participera plus.
- La "création" précède toujours le "partage". La création de l'œuvre précède celle de la valorisation de l'œuvre et a fortiori le partage de cette valeur.
- Pour la *création* de valeur, auteurs et exploitants sont intrinsèquement partenaires, ils sont en coopération. Pour le *partage* de cette valeur une fois celle-ci créée, ils sont en conflit, en compétition.

Nous comprenons l'intérêt des uns et des autres à vouloir dissocier les jeux, en fonction d'horizon temporel qui leur confère un rapport de force favorable pour le partage de la valeur créée.

Les auteurs prennent appui sur l'antériorité incontournable de la créativité intellectuelle et de l'œuvre dans le processus, pour en faire l'élément central de

valorisation. Analytiquement, ils ont raison et stratégiquement nous pensons que le rapport de force leur est favorable. Comme nous l'avons déjà souligné, l'abondance a impérativement besoin de la diversité, de la créativité, de l'affinité et de l'identité culturelle pour "gérer" ces biens rares que devenus *l'attention* et *l'envie* à défaut d'usage. Les effets de variété sur lesquels reposent les politiques de discrimination des exploitants feront des auteurs, pris collectivement, des facteurs de plus en plus critiques de succès.

Les exploitants pour leur part prennent plus appui sur l'abondance permise par les nouvelles technologies et les réseaux ouverts pour, dans le court terme, faire valoir qu'il existe de nombreux substituts qui rendent d'autant moins indispensable chaque œuvre française prise isolément.

61 .- Synthèse et conclusions .- Nonobstant, les deux horizons du court et long terme restent inséparables et les deux jeux, indissociables. Quels que soient les rapports de force exprimés, il faudra alimenter les marchés francophones en *volume* et les marchés étrangers en *diversité*. A terme, aucun acteur n'a intérêt à l'affaiblissement de l'autre, mieux vaut des partenaires forts que des partenaires faibles. L'approche n'est pas binaire, il est question ni de coopération "ou" de compétition mais, de coopération "et" de compétition, soit de *coopétition*.

Dans cette optique, un contrat de travail - qui est un contrat de prestation - est inadapté. Il ne rend pas compte de la nature réelle des relations entre les contractants. En ignorant la dimension de *solidarité réciproque entre auteurs et exploitants*, il ne peut donc en permettre le développement harmonieux.

CHAPITRE 2

Le particularisme des réseaux numériques

Rappel de la question :

Le contexte des nouvelles technologies et notamment des réseaux impose-t-il, économiquement, une analyse particulière ?

62 .- Les défis des NTIC .- Les nouvelles technologies et les réseaux ouverts "apatrides" qu'elles contribuent à développer posent une série de questions difficiles sur le plan juridique : Défi du *réglementeur*, défi de la *substance* de la règle, défi de la *cohérence* réglementaire, défi de la *mise en œuvre* et de la *sanction*, défi de la *propriété intellectuelle*... Tous ces défis sont liés et celui qui fait l'objet du présent rapport : droit d'auteur/*copyright* n'est qu'une composante d'une problématique régulatrice bien plus large, dont il ne saurait être question de traiter ici. Nous considérerons simplement les caractéristiques du marché de la création intellectuelle et les relations auteurs/exploitants, sous l'influence des nouvelles technologies.

Les N.T.I.C augmentent considérablement la relation "coopétitive" entre auteurs et exploitants. Ils sont à la fois "plus" et "moins" dépendants l'un de l'autre. Leur solidarité (partenariat) s'accroît, en même temps que les conditions d'exercice de cette solidarité se fragilisent (compétition).

63 .- L'incidence des NTIC sur le marché de la création .- Les N.T.I.C modifient le contexte du marché de la création d'un triple points de vue :

1) Sur le plan strictement technique, elles permettent un effet volume considérable : stockage, transport, diffusion... Elles permettent l'abondance. Pour ne pas aboutir à des excédents de capacité technique et à des "tuyaux vides", les contenus devront alimenter cette abondance. Ce sont les effets catalogues.

2) Elles transforment des réseaux propriétaires en réseaux ouverts, en terme géographique, en terme de secteurs (image, texte, son, donnée...), en terme d'acteurs (globalisation de l'offre). La normalisation numérique des contenus, la connectivité et l'interactivité des réseaux modifient profondément les rapports de force (push/pull) en faisant disparaître les marchés captifs.

3) Contrairement à l'imprimerie et au support papier, le contenant est dissociable du contenu et les deux sont devenus immatériels. Deux conséquences en découlent : en premier lieu, des difficultés de traçabilité et de responsabilité pour les modes de diffusion « en ligne » par rapport à ceux « hors ligne » ; en second lieu -et au niveau du contenu- le coût marginal de l'utilisateur supplémentaire tend vers zéro par la quasi-disparition des :

Coût reproduction. Mais, ce n'est qu'une accélération de ce qui s'était déjà produit avec la photocopie par rapport au support papier, avec l'enregistrement pour la bande magnétique (audio ou vidéo) et plus récemment pour le support numérique (CD-R, CD-RW, dvd-ram, DVD-RW).

Coût de mise à disposition: stockage, transport, distribution... sont devenus fixes au sens économique du terme, c'est-à-dire indépendants de la distance et du nombre d'utilisateurs du contenu.

Ces transformations induisent, à leur tour, deux conséquences sur lesquelles il convient de s'arrêter davantage : l'augmentation de l'intensité du partenariat entre auteur et exploitant (section 1^{ère}) et l'augmentation de la fragilité de l'auteur (section 2).

Section 1 Augmentation de l'intensité du partenariat entre auteur et exploitant

64.- L'effet de club des réseaux .- Le marché de la création devient un marché de coûts fixes, dont la taille optimale pour un offreur [auteur + exploitant] est celle du marché mondial. Cette taille optimale n'est plus hors de portée, les N.T.I.C avec Internet permettent d'atteindre instantanément des marchés mondiaux.

Soit : Π = Profit retiré de l'offre

CVA_M = Coût variable unitaire

$M = (P - CVA_M)$ = Marge sur coûts variables

$RT =$ Recette totale = $P.Q$, où P est le prix et Q la quantité

$CT =$ Coût total = Coût variable + coût fixe

$$\Pi = RT - CT$$

$$= RT - CVA - CF$$

$$= P.Q - Q.CVA_M - CF$$

$$= PQ - Q [CVA_M - \frac{CF}{Q}]$$

$$= Q. [P - CVA_M - \frac{CF}{Q}]$$

$$= Q [M - \frac{CF}{Q}]$$

⇒ Si $M < 0$, alors quoi qu'il arrive le profit est négatif et la faillite est d'autant plus retentissante que le club des clients "Q" est important : Plus l'on vend, plus l'on perd d'argent.

Le risque que M soit < 0 est loin d'être négligeable. En effet dans une société d'abondance la disposition marginale à payer des utilisateurs (P) ne cesse de baisser. Deux solutions s'offrent pour conjurer $M < 0$:

- Soit, éviter la baisse de P , par des effets de feed-back et des externalités de réseau

- Soit, faire en sorte que CVA_M baisse plus rapidement que les prix ne le font. Cela est possible par substitution entre CF et CVA , c'est-à-dire entre la technologie (NTIC) et les frais de fonctionnement traditionnels (main d'œuvre, transport, stockage...)

⇒ Supposons la réussite de $M > 0$, elle aura été obtenue au prix d'une augmentation CF et alors la probabilité que $[M - CF/Q]$ soit < 0 est de plus en plus forte avec, à terme, toujours le même résultat de faillite : Profit < 0

La seule façon d'éviter que (CF / Q) n'augmente, est que les quantités se développent encore plus vite que ne le font les coûts fixes. C'est la course au gigantisme, au club mondial !

Cette course au gigantisme n'est donc pas un choix mais une quasi contrainte en même temps qu'un immense pari. Si le pari est gagné, il le sera par accumulation simultanée de trois niveaux gagnants dans la réalisation du montant de profit : $Q \cdot [M - CF / Q]$

- Effet volume : Par le biais de Q
- Effet valeur : Par le biais de la valeur entre crochets
 - direct : $[M - CF / Q]$ positif
 - indirect : L'augmentation de Q accroît l'effet club. Les effets de feedback et d'externalités de réseau entraînent l'augmentation de P donc de M.

65.- Conséquences de l'effet de club sur les rapports entre auteurs et exploitants.- Pour la création de valeur qui résulte de la création d'une œuvre, les auteurs et les exploitants sont donc bien en "concourrance" et non en concurrence. Ensemble, ils concourent à cette valeur, ils sont partenaires, sans qu'il soit facile de savoir qui a le plus besoin de l'autre.

1) L'exploitant a besoin d'œuvres pour constituer un catalogue qui déterminera la taille du club des utilisateurs (Q).

□ Besoin de quantité et de diversité : Plus le catalogue sera *fourni et diversifié*, plus il attirera d'utilisateurs.

□ Besoin de *personnalité* de l'auteur. Plus la notoriété de l'auteur sera grande :

- Plus il constituera un "produit d'appel" pour des financements latéraux (par d'autres acteurs : parrainage, publicité, sponsoring ; par d'autres consommations : produits dérivés, produits complémentaires).

- Plus le prix de vente de l'œuvre (P) sera élevé.

2) L'auteur a besoin de l'exploitant pour valoriser ses droits patrimoniaux présents et futurs. Plus il appartiendra à un "club" important, plus il sera diffusé. Plus il sera diffusé, plus il sera connu et plus sa notoriété augmentera et plus ses œuvres futures se vendront cher. Une œuvre ne se valorise que si on la partage, c'est l'utilisation qui fait la réputation.

Tel est le *cercle vertueux* du réseau.

66 .- L'impact de l'abondance .- L'abondance élargit la distance entre le *public d'une œuvre* et son *marché*. Dans l'abondance homogène (type séries américaines), chaque œuvre devient individuellement de moins en moins indispensable, *l'envie* disparaît par monotonie. L'abondance développe également l'usure culturelle -oubli- des œuvres. Chaque sortie de films, de livres... contribue à faire oublier les précédents.

Entre le "public" d'une œuvre et son "marché", la relation est de moins en moins spontanée. Quatre niveaux de population doivent être distingués :

1) *Population Potentiellement Concernée* : PPC ou le public d'une œuvre,

2) *Population Réellement Concernée* : PRC; celle-ci est fonction d'un certain nombre de pré-requis : psychologiques (curiosité, besoin, envie...), culturels (niveau de formation, histoire...), ressources complémentaires (temps,

équipements..). Globalement c'est ce que l'on pourrait appeler le "contexte de compétences" de l'utilisateur. Ce contexte peut être éduqué, façonné, modifié, développé.

3) *Population Disposée à Acheter* : PDA ; elle est fonction de caractéristiques propres à l'utilisateur comme la solvabilité et de l'environnement de l'œuvre, comme par exemple le nombre et qualités des substituts...

4) *Population Réellement Utilisatrice* : PRU ; elle constitue le marché de l'œuvre. Elle est fonction de l'aptitude à capter l'attention, des goulots d'étranglement (conditions d'accès : facilité, disponibilité, continuité...) et de la satisfaction obtenue.

L'exploitant n'est pas seulement un *gestionnaire de la population effectivement utilisatrice*, il en est largement - au même titre que l'auteur - un *créateur*.

67 .- Synthèse et conclusions .- L'avènement de l'abondance permise par les nouvelles technologies, développe donc l'intensité de la "concourence" active et solidaire entre les partenaires que sont les auteurs et les exploitants. Les *flux de revenus* qui en résultent sont plus de l'ordre de la *copropriété* que de la simple relation créancier-débiteur découlant d'un *contrat de travail*, d'un *forfait* ou même d'une *rémunération proportionnelle* sous forme d'un taux forfaitaire appliqué à une base de calcul.

Si la base de calcul est un volume (Q) : nombre d'entrées, nombre de connexions, nombre d'utilisations... il y a seulement paiement d'une prestation et non-reconnaissance d'une solidarité. Si la base est un résultat (chiffre d'affaires : PQ) il y a déjà un progrès par la reconnaissance d'une solidarité entre prix et quantités via les effets de feed-back. Néanmoins, la prise en compte du partenariat reste insuffisante dans la mesure où elle n'intègre pas les externalités de réseaux. Pour l'auteur, sa notoriété et donc la valeur de toutes ses autres oeuvres présentes ou à venir, augmente en fonction de la diffusion que lui offre le réseau. Pour l'exploitant, la notoriété de l'auteur lui permet d'être un produit d'appel pour accroître d'autres recettes : publicités, produits dérivés...

Section 2

Augmentation de la fragilité de l'auteur

68 .- Les risques induits à court terme par la macro-abondance .- En même temps que la macro-abondance engendrée par le numérique et les réseaux ouverts rend plus intense, au plan global, le partenariat entre auteurs et exploitants, elle le rend simultanément *moins nécessaire* donc *plus fragile*, au plan individuel. Comme *contenant* et *contenu* sont maintenant dissociables, chacun, pris isolément, devient inutile à l'autre puisque les alternatives et substituts sont nombreux. La loyauté et la fidélité ne sont souvent

(malheureusement) que le signe de la rareté⁶². La servilité dérive de la précarité. L'abondance offre donc un terrain propice, dans le court terme, à l'expression des rapports de force, à l'exercice des "chantages", au développement des jeux dominant-dominé... en résumé aux tentatives de *captation d'une partie du surplus* du partenaire.

Dans cette optique, bien sûr, la règle de droit s'avère plus que jamais nécessaire pour *moraliser* un jeu économique turbulent. Elle doit être *claire* et *clairvoyante* pour pérenniser la survie du *jeu* en pérennisant celle des *joueurs*. Dans l'expression de ces jeux si, à terme et pour les raisons déjà évoquées, les *auteurs* seront en position de force, actuellement ils sont en position de faiblesse puisque de plus en plus isolés face à des interlocuteurs qui se regroupent et ont tendance à devenir uniques. Sous l'effet des nouvelles technologies, les regroupements industriels et stratégiques entre opérateurs se multiplient pour offrir un service global. Face à des opérateurs globaux (type: Vivendi, Lagardère... en France) à la fois opérateur de télécoms, de télévision, d'Internet, de services, diffuseur, producteur de contenu... l'auteur est seul et bien isolé !

69 .- La maîtrise par l'exploitant des chiffres caractéristiques de l'utilisation réelle .- Comme pour France Télécom en ce qui concerne le téléphone, l'exploitant est *celui qui a la maîtrise de la "boucle finale"*, donc la connaissance de l'utilisation effective de l'œuvre. Sachant que la traçabilité numérique sur les réseaux ouverts est de plus en plus difficile à identifier, les dangers de manipulation des chiffres qui servent de base de calculs pour la rémunération de l'auteur sur le fondement de la cession de son droit patrimonial, ne sont pas loin. Les exemples récents abondent qu'il s'agisse du nombre d'abonnés à des bouquets satellitaires, à des réseaux de radio téléphones, du nombre d'abonnés à des portails ou de nombre de connectés réels, des mesures d'audience sur Internet...

70 .- Les risques technologiques .- Le *droit moral* de l'auteur sur son œuvre n'est pas mieux garanti. Bien que des progrès techniques se réalisent rapidement (marquage des œuvres, reconnaissance de la signature électronique...), il n'y a pas encore, à l'heure actuelle, d'équivalent électronique du notaire qui puisse certifier de l'authenticité, de l'intégrité, de la confidentialité, de la traçabilité, de la disponibilité des œuvres.

71 .- Synthèse et conclusions .- Avec les N.T.I.C une des difficultés essentielles de la propriété intellectuelle - la gestion du couple protection/diffusion - est plus incontournable que jamais. Les solidarités n'ont jamais été aussi fortes pour créer de la "valeur économique", les accords pour se la partager aussi fragiles. Le respect de la contribution de chacun est le seul garant, dans un marché libéral, de la pérennité du jeu. Ni le *contrat de travail*, ni la *rémunération proportionnelle*⁶³ -à taux constant- ne nous semblent respecter le principe d'équité contributive dans le partage de la valeur créée.

⁶² Face à l'abondance, les contrats de *cession exclusive* sont une façon de retrouver cette fidélité.

⁶³ Ici, « rémunération proportionnelle » n'est pas à entendre -ainsi qu'en matière juridique- par opposition à la « rémunération forfaitaire », mais, au sens strict, comme une rémunération fondée sur une *proportion fixe et non modulable*. L'idée n'est pas de remettre en cause le droit de l'auteur de *participer au partage de la valeur révélée par l'exploitation* -puisque nous avons, au contraire, souligné la *copropriété* de l'auteur et de

Le développement durable sur le plan économique -sans parler ici du *souhaitable* sur le plan culturel- ne se fera que si les partenaires sortent d'une *logique d'affrontement* pour s'inscrire dans une *logique de solidarité*. La règle de droit doit leur en offrir les moyens.

⇒ Les auteurs doivent admettre que s'ils sont seuls créateurs de leur *œuvre* et propriétaires des droits afférents [moral et patrimonial], ils ne sont pas les seuls créateurs de la *valeur qui résulte de l'utilisation* de cette oeuvre. La valeur économique n'est pas un produit, elle n'est pas un stock ni un acquis, elle est un flux qui se génère en permanence, se développe ou au contraire s'étiole. Ils partagent la *copropriété* de cette *valeur économique* avec l'exploitant.

⇒ Les exploitants doivent reconnaître que l'œuvre n'est pas une simple "matière première" que l'on achète de façon contractuelle et dont on a ensuite libre disposition pour faire de la valeur. L'œuvre ne subit pas de transformation pour aboutir à un autre produit incorporant une valeur ajoutée. L'exploitant ne fabrique rien à partir de l'œuvre, n'ajoute rien à l'œuvre, il n'est pas question de valeur ajoutée mais, seulement de valeur révélée. La valeur de l'œuvre devient valeur économique. La valeur est dans l'œuvre, l'exploitant la révèle, il est un "faire-valoir". Il n'achète rien à un fournisseur, il ne transforme rien, il est un allié du producteur (auteur) pour une création de valeur d'échange.

l'exploitant sur celle-ci (voir supra n°155)- mais d'aller vers une formule moins figée et plus dynamique que la proportion fixe, déterminée *a priori* et une fois pour toute.

