



MINISTÈRE DE LA CULTURE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

RAPPORT DE MISSION

LE CONTRAT DE COMMANDE

Président de la mission : Pierre Sirinelli
Rapporteur : Sarah Dormont

*Rapport présenté à la réunion plénière du CSPLA du 15 décembre 2020
Son contenu n'engage que ses auteurs*

Décembre 2020

SOMMAIRE

SYNTHÈSE.....	5
INTRODUCTION.....	9
I. Le contrat de commande : présentation générale.....	12
II. La pratique du contrat de commande dans les différents secteurs.....	20
III. L'opportunité d'une intervention.....	32
IV. Les difficultés juridiques identifiées.....	50
V. Les solutions alternatives au contrat de commande.....	63
TABLE DES MATIERES.....	75

SYNTHÈSE

La mission mise en place en juillet 2020 avait pour objectif d'étudier les suites à donner à l'une des propositions du rapport Racine relative à la possible édification d'un régime juridique relatif au contrat de commande d'une œuvre de l'esprit.

Cette création d'un statut relatif au contrat de commande au sein du code de la propriété intellectuelle était une des revendications manifestées par certains auteurs à l'occasion de la mission Racine (Voir Annexes) dans le but de :

- *Permettre d'offrir au créateur la reconnaissance d'un statut social, proche de celui des salariés, notamment par la reconnaissance qu'il permettrait auprès des administrations sociales ou fiscales ;*
- *Permettre d'accorder à l'auteur une double rémunération :*
 - *la première en contrepartie des efforts déployés pour la création de l'œuvre ;*
 - *la deuxième, en raison des profits générés par les actes d'exploitation relatifs à l'œuvre ainsi créée.*

Ces rémunérations seraient indépendantes les unes des autres en ce sens qu'elles ne seraient pas susceptibles de se compenser mais auraient toutes deux la nature de « droits d'auteur » et seraient regardées ainsi par les administrations sociales fiscales.

Après avoir entendu près d'une centaine de personnes, il est apparu, en premier lieu, à la mission du CSPLA que :

- *les réponses aux questions relatives au statut social des auteurs – indiscutablement dignes d'intérêt – devaient trouver leur place dans un corpus législatif autre que le code de la propriété intellectuelle ;*
- *les réponses à la nature de droit d'auteur des sommes perçues par les créateurs pendant la phase de création de l'œuvre commandée ne pouvaient pas être apportées dans une disposition du code de la propriété intellectuelle (dont ce n'est pas l'objet) mais étaient susceptibles d'être trouvées par une mesure de traitement d'« assimilation » auprès des administrations sociales ou fiscales.*

L'attention s'est donc portée sur les problèmes rencontrés par les auteurs à propos de leur rémunération pendant la phase de création. La longueur de celle-ci, dans certains domaines, génère en effet des difficultés sur lesquelles il convenait (Voir Partie 2) de se pencher.

Pour autant, il semble à la mission du CSPLA que la solution ne peut être trouvée par l'édification d'un régime juridique propre au contrat de commande. Et cela pour plusieurs raisons.

La mission a d'abord constaté que la notion même de commande – presque totalement absente du code de la propriété intellectuelle – ne fait l'objet d'aucun consensus en dépit de la pratique existante (Partie I & Partie IV. 2). Il paraît donc extrêmement délicat d'élaborer un régime juridique dont le champ d'application devrait dépendre d'une définition rigoureuse, faisant apparaître des traits caractéristiques forts et stables permettant la qualification de la convention projetée.

On observera, du reste, que très peu d'États connaissent une législation propre à cette convention et que ceux qui ont abordé la question ne fournissent généralement aucune définition susceptible d'être mise en œuvre (Partie III. 1.).

La mission a ensuite constaté qu'une intervention législative visant à l'édification de solutions générales à portée transversale ne serait pas heureuse. Les problèmes apparus lors de l'examen de la pratique (Partie II) montrent que les difficultés existent dans certains secteurs mais pas dans tous. Et que dans les domaines où elles existent, ces difficultés n'ont ni la même nature ni la même ampleur de sorte qu'il serait malvenu de les traiter à la même aune. On ajoutera que la pratique du contrat de commande varie beaucoup selon les secteurs et même au sein d'un même secteur (voir par exemple en Musique). Le contrat de commande est même rare dans certains domaines ou absent dans d'autres.

L'analyse des risques que serait susceptible de générer une intervention législative édifiant un statut du contrat de commande a conduit la majorité des auteurs entendus à inciter à la plus grande prudence pour ne pas parler d'un rejet ferme de toute idée d'intervention. Sont pêle-mêle avancés par les auteurs ou les observateurs (Partie III. 2.2) les craintes d'une transformation défavorable de leur situation : risque d'un rapprochement d'une logique de droit du travail, risque de perte d'indépendance par un trop fort encadrement de la commande ou crainte d'affirmation d'une subordination, risque d'un bouleversement des modèles économiques ou à l'inverse d'un effet nul avec, au mieux, un phénomène de « vases communicants » improductif d'améliorations s'agissant des rémunérations et, au pire, un nivellement vers le bas du niveau de ces dernières. Sans parler d'une éventuelle barrière à l'entrée. Dans l'esprit de certains auteurs, l'intervention législative projetée serait, démonstrations à l'appui, inutile, vaine, inadaptée et dangereuse.

Ou encore porteuse d'un risque de rapprochement avec les systèmes de copyright.

Car les effets juridiques (Partie IV) d'une intervention législative sont particulièrement redoutés quand bien même le législateur aurait comme point de départ la seule prise en considération des intérêts des auteurs afin de tenter d'améliorer leur situation économique.

Une analyse de droit comparé (Partie III. 1) fait apparaître la prudence des législateurs étrangers. Peu de législations abordent la question du contrat de commande mais lorsque cela est fait c'est le plus souvent au détriment des auteurs par des textes qui n'ont généralement pour seul but que de mettre en place un système d'attribution automatique des droits patrimoniaux au profit des donneurs d'ordre. Et quand les législations se font un peu plus précises, d'autres dispositions viennent enfermer l'auteur dans un cadre digne d'un cahier des charges dans lequel ce dernier est susceptible de voir son indépendance réduite et son droit moral aménagé à la baisse. Autant de dangers que le législateur français aurait du mal à éviter ((Partie IV. 4) car, même limité originellement, le principe d'une intervention législative pourrait entraîner l'édification d'un régime plus élaboré et plus complet, porteur de contreparties au profit des donneurs d'ordre par souci d'équilibre ou de cohérence.

⇒ Pour cette raison, la mission préconise, pour régler les difficultés qui sont apparues lors de l'établissement d'un rapide état des lieux (Partie III) une solution plus souple, consensuelle et susceptible d'évolution : l'incitation à la négociation d'accords collectifs (Partie V).

Le droit français connaît déjà pareille construction dans sa législation de droit d'auteur. Par exemple en matière d'œuvres audiovisuelles ou à propos du contrat d'édition.

L'effectivité et l'efficacité du recours à une pareille voie suppose cependant l'engagement des pouvoirs publics pour mettre en place les négociations et éventuellement les encadrer. La construction proposée serait la suivante (Partie V 2.1) :

- la loi pourrait prévoir, dans une disposition, le recours à des accords collectifs pour régler certaines questions relatives à la commande d'une œuvre de l'esprit, notamment à propos de la rémunération ou des conditions de réalisation ;*
- après étude des secteurs dans lesquels des difficultés apparaissent, il serait loisible de réunir les auteurs, les donneurs d'ordre et les exploitants - quand ceux-ci n'ont pas la première qualité - afin de rechercher de manière consensuelle une solution qui serait propre au secteur concerné ;*
- il serait possible d'élargir la portée de l'accord obtenu par le recours à un arrêté d'extension aux acteurs du secteur concerné mais non signataires de l'accord dès lors que la négociation aura été conduite par des institutions ou organismes ayant une certaine représentativité ; cette intervention donnant force obligatoire à l'accord collectif.*

Cette solution pourrait être accompagnée par la création d'un observatoire des pratiques contractuelles qui permettrait de mieux prendre la mesure de la réalité du terrain et de la (possible) nécessité d'une intervention à l'aune des contraintes économiques et matérielles. La même institution pouvant même être, éventuellement, chargée de l'analyse du suivi des accords collectifs.

INTRODUCTION

1. Le Rapport Racine. Confiée à M. Bruno Racine, la mission sur « L’auteur et l’acte de création » a trouvé son achèvement dans la remise d’un rapport, le 22 janvier 2020, au Ministre de la Culture M. Franck Riester¹. Le Rapport fait le constat général d’une dégradation de la condition des auteurs, d’un point de vue économique et social et propose un certain nombre de préconisations visant à améliorer le sort des auteurs. Si les constats – et notamment celui de la paupérisation des auteurs – semblent plutôt partagés dans l’ensemble, aussi bien par les auteurs que les exploitants d’œuvres, les causes de cette paupérisation et les solutions pour enrayer le phénomène n’ont pas reçu un accueil unanime par les acteurs du secteur culturel. Le Rapport Racine a rassemblé 23 recommandations, d’ordre différent – propositions juridiques, sociales, économiques. Parmi elles, la recommandation n° 10 vise à introduire :

« dans le code de la propriété intellectuelle [un] contrat de commande rémunérant en droits d’auteur le temps de travail lié à l’activité créatrice »²

C’est cette recommandation – qui a profondément divisé les créateurs et peu séduit les exploitants d’œuvres de l’esprit – qui constitue le point de départ de la présente Mission.

2. Lettre de mission. Le 25 juin 2020, le Président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, a mis en place au sein du CSPLA, à la demande de Monsieur le Ministre de la Culture et dans le droit fil des orientations exposées par ce dernier le 18 février 2020 à propos des suites à donner au Rapport Racine, une mission afin d’évaluer cette proposition. Il s’agit plus précisément :

« d’évaluer, dans le respect des principes du droit d’auteur et en tenant compte des avancées déjà accomplies ou en cours, l’opportunité d’encadrer le contrat de commande afin d’améliorer la rémunération des auteurs pour le temps de travail lié à leur activité créatrice. L’objectif ainsi poursuivi est de s’assurer de la juste rémunération des artistes auteurs pour le temps et l’activité passée à produire une œuvre ou travailler sur un projet d’œuvre avant et indépendamment de sa vente, de sa cession ou de son exploitation. Il conviendra d’étudier également les répercussions qu’aurait, pour les auteurs comme pour les éditeurs et producteurs, l’instauration d’un contrat de commande au regard du droit du travail et du droit social, et en particulier sur la nature de leur rémunération, et sur celle de leur statut social et professionnel. Si la mission devait retenir cette hypothèse, une mission complémentaire pourrait, dans un second temps, proposer des dispositions législatives appropriées » (souligné par nous).

3. Mission flash Bois Le Grip. Sans que la présente Mission ne se sente tenue par ses conclusions, il est utile de noter que deux parlementaires, Monsieur Pascal Bois et Madame

¹ B. Racine « L’auteur et l’acte de création », avec le concours de N. Corbin, C. Roux et B. Saint-Etienne, remis au Ministre de la Culture le 22 janvier 2020 (ci-après « Rapport Racine »). Disponible sur le site du Ministère de la Culture à l’adresse suivante : <https://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/L-auteur-et-l-acte-de-creation>.

² V. Annexes (II et III) .

Constance Le Grip, en charge d'une « mission flash » sur le statut des auteurs, se sont prononcés en défaveur de la création du contrat de commande, alors même qu'ils partageaient la plupart des constats du Rapport Racine³. En effet, dans leurs conclusions rendues le 8 juillet 2020, les deux parlementaires précisent :

« nous ne sommes pas favorables à la proposition n° 10 du rapport Racine consistant à recommander la création d'un contrat de commande rémunérant en droits d'auteur le temps de travail lié à l'activité créatrice. D'une part, il nous semble impossible de mesurer le temps de travail d'un artiste, qui peut travailler sur différents projets avant d'aboutir à une œuvre qu'il souhaite présenter. D'autre part, cela risquerait de déséquilibrer les relations dans certains secteurs : on imagine bien la façon dont un acteur dominant peut utiliser ce système à son profit, pour formater une œuvre. Une fois encore, on ne peut pas appliquer les mêmes modèles contractuels à tous les secteurs »⁴.

4. Aspirations. La présente Mission a pu, au travers de la cinquantaine d'entretiens avec différents professionnels du secteur, prendre la mesure des espoirs et des craintes engendrés par la proposition du Rapport Racine. S'agissant des premiers, les attentes paraissent se cristalliser autour de quelques questions particulières sans envisager nécessairement l'élaboration d'un régime complet pour le contrat de commande.

5. Il semble aux membres de la Mission que les revendications les plus importantes peuvent être ainsi résumées :

- Le contrat de commande devrait permettre d'offrir au créateur la reconnaissance d'un statut social, proche de celui des salariés, notamment par la reconnaissance qu'il permettrait auprès des administrations sociales ou fiscales ;
- Le contrat de commande devrait permettre d'accorder à l'auteur une double rémunération :
 - o la première en contrepartie des efforts déployés pour la création de l'œuvre (ce que d'aucuns appellent « rémunération amont ») ;
 - o la deuxième, en raison des profits générés par les actes d'exploitation relatifs à l'œuvre ainsi créée (« rémunération aval »).

Ces rémunérations seraient indépendantes les unes des autres en ce sens qu'elles ne seraient pas susceptibles de se compenser. Elles pourraient, du reste, être prévues par deux contrats distincts, le premier ayant pour objet la réalisation de l'œuvre commandée ; le deuxième étant un contrat d'exploitation.

Mais toutes deux auraient la nature de « droits d'auteur » et seraient regardées ainsi par les administrations sociales fiscales.

6. Champ de la Mission. La Mission, au terme de ses analyses, estime tout d'abord que le premier objectif ne relève en rien de l'objet du code de la propriété intellectuelle. Ce n'est

³ Baisse des revenus des auteurs dans tous les secteurs de la création, difficultés des auteurs face aux administrations, relations déséquilibrées des auteurs vis-à-vis des diffuseurs d'œuvres, etc.

⁴ V. Annexes (IV).

pas à dire que les revendications qui se sont faites jour sur le terrain du droit social ne doivent pas être satisfaites mais elles relèvent d'une autre problématique et doivent être conduites – peut-être avec l'appui du Ministère de la culture – auprès d'autres administrations pour trouver une solution dans un *corpus* normatif autre que le code de la propriété intellectuelle.

7. La Mission observe ensuite la difficulté qu'il y aurait à attribuer la nature de droit d'auteur à des sommes qui ne sont pas perçues au titre de l'exploitation des œuvres mais pour le seul travail créatif. Le contentieux relatif à la rémunération des directeurs de collection a pu démontrer l'inadéquation de pareille qualification. S'il est loisible à l'autorité fiscale ou sociale de vouloir traiter ces sommes comme si elles étaient des droits d'auteur ou au Conseil d'État de vouloir décider de créer cette fiction juridique, pareille solution ne peut en aucun cas trouver sa place au sein du code de la propriété intellectuelle. Il y a, du reste, lieu d'observer que nombre de créateurs favorables aux préconisations du Rapport Racine ont, au cours des auditions de la présente Mission, exprimé l'opinion selon laquelle ils se contenteraient de cette assimilation administrative.

8. Demeurent donc, parmi les aspirations exprimées par certains auteurs, l'espoir de pouvoir rendre obligatoire l'existence d'une rémunération autre que celle due au titre de l'exploitation de l'œuvre et venant en contrepartie du travail de création à proprement parler (peu important, à ce stade du raisonnement, la nature des sommes versées)⁵.

9. **Modus operandi.** Pour pouvoir apprécier le bien-fondé de pareille demande et l'opportunité d'y répondre dans le cadre du code de la propriété intellectuelle par le biais de la création d'un régime juridique relatif au contrat de commande, la mission a mené un nombre considérable d'entretiens pour comprendre la réalité des pratiques ainsi que celle des besoins et scruter les solutions existantes à l'étranger.

10. Sans aller jusqu'à procéder à une étude d'impact d'une possible réforme, la mission a pris soin d'apprécier tant les effets de bord que serait susceptible de produire pareille intervention législative que les difficultés qu'il peut y avoir aussi bien dans une intervention partielle cantonnée à la seule question de la rémunération que dans une intervention plus globale créant – par esprit de cohérence – un statut plus complet du contrat de commande.

11. **Plan.** Pour répondre aux attentes de la lettre de mission, il a paru nécessaire d'interroger, d'une manière générale, la notion ainsi que le régime rattaché traditionnellement au contrat de commande (I). Les nombreux entretiens menés ont, en outre, permis de dégager un panorama général de la commande dans le secteur culturel qui montre que les pratiques

⁵ On ne distinguera pas particulièrement la question de la commande publique. Si dans certains domaines – principalement musique et arts graphiques et plastiques – celle-ci a son importance, ce type de commande suit des règles particulières, comme par exemple l'obligation de la constitution d'un comité artistique (art. R. 2172-8 à R. 2172-14 du Code de la commande publique). On notera toutefois que la commande publique d'une œuvre à réaliser constitue une exception au sein du Code de la commande publique : en raison de son objet particulier, il est possible d'échapper à la mise en concurrence (art. R. 2122-3 du Code de la commande publique). Les questions soulevées par la commande publique ne rejoignent pas le cœur de la mission, il n'y aura donc pas lieu de s'attarder sur ses spécificités. On a pu constater toutefois que les conditions des commandes passées par des institutions publiques ne semblent globalement pas plus favorables – voire parfois moins favorables – aux auteurs, en termes de rémunération notamment, que lorsque la commande relève uniquement du secteur privé, ce qui est à déplorer.

sont très diverses (II). Ce premier constat permet de se prononcer sur l'opportunité d'une intervention législative pour mieux encadrer le contrat de commande au regard notamment des avantages recherchés, ainsi que des risques encourus (III. 2.). Dans cette perspective, les enseignements des modèles étrangers sont particulièrement utiles (III. 1.). Au terme de l'examen des difficultés juridiques identifiées (IV) la Mission préconise de ne pas légiférer spécifiquement sur le contrat de commande d'une œuvre de l'esprit pour se concentrer sur des solutions alternatives et notamment l'organisation de négociations collectives en vue de l'établissement d'accords collectifs (V).

I. Le contrat de commande : présentation générale

12. *De lege lata*, la figure du contrat de commande est presque absente de la législation française de droit d'auteur (1). La réflexion sur le contrat de commande pour une œuvre invite donc nécessairement à s'intéresser à la notion envisagée du point de vue du droit civil (2). On évoquera enfin certaines illustrations de contrats de commande d'œuvres (3).

1. Le constat d'une parcimonie législative

13. Contrat de commande pour la publicité. La figure du contrat de commande est peu connue de la législation française de droit d'auteur. Il est tout au plus possible de citer les articles L. 132-31 et s. du code de la propriété intellectuelle qui réglementent la commande pour la création d'une œuvre publicitaire (« *Contrat de commande pour la publicité* »). Selon la première de ces dispositions :

« Dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support.

Un accord entre les organisations représentatives d'auteurs et les organisations représentatives des producteurs en publicité fixe les éléments de base entrant dans la composition des rémunérations correspondant aux différentes utilisations des œuvres.

La durée de l'accord est comprise entre un et cinq ans.

Ses stipulations peuvent être rendues obligatoires pour l'ensemble des intéressés par décret ».

14. Cette disposition, propre à un secteur particulier, établit un régime juridique spécifique pour la commande d'une catégorie d'œuvre mais sans prendre le soin de fournir la moindre définition. L'idée de « commande » est, du reste, associée plus à l'œuvre créée qu'à la convention qui a permis de la produire. Mais il est vrai que la formulation légale n'a pas laissé les commentateurs perplexes sur ce seul terrain puisque le laconisme du législateur s'est manifesté également à propos de la notion clé de « producteur », pourtant bénéficiaire d'une présomption de cession des droits à son profit. Il a fallu attendre un arrêt de la Cour de

cassation, rendu le 8 décembre 2009⁶ et identifiant l'« auteur » visé par le texte, pour mieux comprendre le champ d'application du dispositif mis en place⁷. Mais la jurisprudence n'est pas plus diserte à propos de la définition à retenir de la convention pour en permettre la qualification.

On observera que le régime juridique mis en place n'est pas particulièrement favorable à l'auteur puisque le dispositif vise à entraîner une cession automatique de ses droits patrimoniaux au profit du producteur. Le calcul de la rémunération due à l'auteur s'opère alors par le recours à un système hybride à mi-chemin entre la rémunération forfaitaire et la rémunération proportionnelle.

15. Le législateur a prévu qu'un accord collectif devra fixer les éléments de base entrant dans la composition de la rémunération. Cet accord collectif est passé entre les organisations représentatives d'auteurs et les organisations représentatives des producteurs. Il ne fixe pas les rémunérations elles-mêmes mais les bases de celle-ci : prise en considération, pour une annonce publicitaire par voie d'image, de sa surface d'exploitation ou sa durée, ainsi que sa zone d'exploitation, du tirage, de son support, etc., permettant d'établir un coefficient. À défaut d'accord, une commission spéciale présidée par un magistrat a été chargée d'arbitrer ces questions.

16. Apport doctrinal relatif à la notion. Cette construction légale est unique et donc limitée. Pourtant la notion de contrat de commande n'est pas inconnue des praticiens de droit d'auteur. Pour cette raison, comblant les lacunes notionnelles du CPI, la doctrine a tenté une approche plus précise du concept.

17. La commande a pu être ainsi juridiquement définie comme étant « *une manifestation de volonté par laquelle l'une des parties demande à l'autre de réaliser un ouvrage ou de livrer une marchandise* »⁸. Plus précisément il a pu être énoncé que « le contrat de commande est l'accord par lequel l'artiste s'engage à créer une ou plusieurs œuvres originales pour le compte d'un tiers, le commanditaire, en contrepartie d'une rémunération »⁹ (souligné par nous).

18. Le Vocabulaire juridique rédigé par le professeur Cornu et publié par l'association Henri Capitant¹⁰ précise ainsi à propos du contrat de commande :

« nom spécialement donné, en matière de propriété intellectuelle, à la convention en

⁶ Civ.1^{ère}, 8 décembre 2009 : C.C.E. février 2010, comm. 12, note Chr. Caron ; RIDA janvier 2010, p. obs. P. Sirinelli.

⁷ L'« auteur », visé par le législateur ne pouvant être que la personne physique, créatrice, sur la tête de qui naissent les droits, il est possible de tirer les solutions suivantes de l'interprétation jurisprudentielle.

1 - Sont concernés par le dispositif légal prévoyant une cession automatique des droits au profit du producteur :

- les contrats de commande publicitaire passés par le créateur indépendant avec une agence ;
- les contrats de commande publicitaire passés par le créateur directement avec un annonceur.

2 - Ne sont pas concernés par le dispositif légal :

- les contrats de commande publicitaire passés par un créateur salarié avec une agence ;
- les contrats de commande publicitaire passés par une agence avec un annonceur.

Afin d'éviter certains de ces effets, la pratique a souvent recours à la technique du mandat.

⁸ S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Thèse, Litec, 1999.

⁹ S. Durrande, D. Martin, « Contrat de commande (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9) », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1342, n° 2.

¹⁰ Presses universitaires de France, *Quadrige*, 9^e édition, 2011.

vertu de laquelle une personne s'engage envers une autre, moyennant contrepartie, à créer une œuvre artistique et littéraire et, selon la nature de l'œuvre (et les termes de la convention), à lui transférer la propriété de l'œuvre et/ou à lui céder les droits d'exploitation de celle-ci ».

2. Les apports du droit civil

19. Apparemment au contrat de louage d'ouvrage. Les approches évoquées plus haut apparentent le contrat de commande au contrat de louage d'ouvrage envisagé à l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle. Selon ce texte, qui ouvre le code de la propriété intellectuelle :

« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.

L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.

Les dispositions des articles L. 121-7-1 et L. 131-3-1 à L. 131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique » (souligné par nous).

Cette disposition, fondamentale en ce qu'elle prône un principe général d'indifférence du contrat de louage d'ouvrage du point de vue de la titularité des droits d'auteur, ne contient pourtant pas, non plus, de définition qui éclairerait immédiatement le lecteur.

20. Apparemment au contrat d'entreprise. Cependant elle permet un renvoi à une catégorie plus générale connue de tous les juristes et envisagée à l'article 1710 du Code civil :

« Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

Cette figure juridique est également dénommée, par les praticiens comme les théoriciens, « contrat d'entreprise ».

21. La prestation caractéristique du contrat d'entreprise est « à chercher dans les obligations de l'entrepreneur, et dans la principale d'entre elles qui est de réaliser l'ouvrage dû et attendu »¹¹. Ce dernier peut varier tant le champ du contrat d'entreprise est large :

¹¹ François Collard Dutilleul et Philippe Delebecque, Précis Dalloz, 2019, § 696.

construction d'un immeuble, transport, formation de personnel, élaboration et installation d'un logiciel, fourniture d'un conseil, recouvrement d'une créance, exécution d'une mission d'exploration, réalisation d'un portrait, nettoyage d'un local, etc... autant de prestations qui sont généralement regroupées sous le terme générique de « marché ».

22. Mais de quelle convention parle-t-on exactement ? Quatre éléments essentiels permettent d'identifier ce contrat¹². Deux sont directement énoncés à l'article 1710 du Code civil qui en fournit la définition, deux autres sont déduits du donné légal par la jurisprudence avec l'aide de la doctrine :

- Un engagement de faire, pour l'une des parties ;
- L'engagement, pour l'autre partie, de payer un prix ;
- L'indépendance dans l'exécution du travail ;
- L'absence de représentation¹³ du maître.

23. Sans rentrer dans le détail de la notion ou du régime du contrat d'entreprise, il y a lieu, cependant, d'apporter quelques petites précisions à propos du deuxième élément exigé par le législateur. En effet il convient de ne pas confondre l'existence d'un prix et le caractère onéreux du contrat.

24. Le contrat d'entreprise sans prix fixé par les parties n'est pas nul. Avant la réforme du droit des contrats réalisée en 2016, il revenait au juge de fixer ce prix en cas de litige sur ce point. Après la réforme, l'article 1165 (nouveau) du Code civil¹⁴ s'applique. Or, il prévoit la fixation du prix par le créancier à charge pour lui d'en motiver le montant, le juge pouvant intervenir en cas d'abus dans la fixation.

25. En revanche, la question peut se poser de savoir si les parties ont voulu conclure un contrat à titre onéreux, auquel cas il s'agit d'un contrat d'entreprise dont le prix peut ne pas être fixé, ou un contrat à titre gratuit, ce qui interdirait alors de retenir la qualification de contrat d'entreprise et obligerait à regarder la convention comme un contrat innommé. Selon la doctrine¹⁵, par exemple, « *gratuit, il serait un simple contrat d'entraide* ». Mais cette exigence d'un caractère onéreux fait encore débat en doctrine. Rapportée à la pratique du contrat de commande d'une œuvre de l'esprit, la problématique peut alors être résumée en un double questionnement :

1° - Quand (en présence de quel type de rémunération) peut-on considérer que le contrat de commande est véritablement à titre onéreux ?

2° - Lorsque le contrat de commande conclu ne prévoit pas de rémunération et est regardé comme une convention à titre gratuit, est-il possible de lui faire produire des effets en retenant une qualification de contrat innommé ? C'est-à-dire une convention qui n'entre pas dans une catégorie prédéterminée par le législateur mais serait

¹² Sur ce point voir, par exemple, « Le contrat d'entreprise », Françoise Labarthe et Cyril Noblot, *Traité des contrats*, LGDJ, 2008, § 29 et s.

¹³ Le terme est ici naturellement entendu au sens de « mandat » et non avec la signification en droit d'auteur ou au sens artistique.

¹⁴ Art. 1165 C. Civ. : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ».

¹⁵ François Collard Dutilleul et Philippe Delebecque, *loc. cit.*

susceptible de relever de la combinaison de plusieurs contrats spéciaux¹⁶.

26. À la première question il est possible de répondre que la commande aura un caractère onéreux – et sera analysée comme un contrat d’entreprise – lorsqu’une rémunération est expressément attachée à la période « amont » de réalisation de l’œuvre. Ce sera le cas indiscutablement, par exemple, lorsque l’auteur aura perçu une somme, indépendante des produits de l’exploitation et contrepartie de l’ouvrage. Ou encore lorsque la somme ne sera pas une simple avance sur les rémunérations dues au titre du droit d’auteur mais, par exemple, une prime d’inédit ou toute autre somme non compensable avec les droits d’auteur. Il n’est peut-être pas impossible de considérer qu’il en sera également ainsi lorsqu’une rémunération forfaitaire sera versée pour l’ensemble mais avec la possibilité d’en ventiler une partie pour la phase de création et une partie pour la phase d’exploitation (sous réserve naturellement d’être en présence d’un des cas légaux permettant le recours à une rémunération forfaitaire).

27. Les autres cas paraissent plus incertains. La commande peut-elle, alors, être encore qualifiée de contrat d’entreprise ? Quelle est la solution dans l’hypothèse où aucune rémunération propre à la réalisation de la commande n’est pas prévue ?

28. En droit civil, il est convenu de considérer que la convention en cause est alors un contrat de bienfaisance ou un contrat de services gratuits. Mais une partie de la doctrine conteste cette solution en déniant la nécessité d’un caractère onéreux pour une qualification en contrat d’entreprise. Le professeur Jérôme Huet¹⁷ écrit ainsi que l’exigence de l’article 1710 d’un prix serait « *sans grande valeur dès lors que plusieurs contrats qualifiés de gratuits par le Code civil, on perdit ce caractère sans que l’on y trouve à redire* ». C’est dire que ce spécialiste, par raisonnement symétrique mais inverse, nie toute impérativité au caractère gratuit ou onéreux. L’argumentation, appuyée sur le sort du contrat de mandat ou celui de dépôt, ne parvient pas cependant à convaincre dans la mesure où, jamais, le législateur n’a érigé la gratuité en condition du mandat ou du dépôt¹⁸. Pour d’autres auteurs, la mise en retrait de l’exigence du caractère onéreux s’imposerait pour des raisons pratiques et juridiques : éviter que le contrat ne « *bascule dans l’innommé* »¹⁹. Et le tenant de cette thèse de prendre appui sur une décision ayant affirmé l’existence d’une présomption de caractère onéreux du contrat d’entreprise posée par la Cour de cassation²⁰, pour, par une interprétation *a contrario*, affirmer qu’il serait alors loisible d’admettre la possibilité d’un contrat d’entreprise à titre gratuit « *pour peu que soit rapportée la preuve contraire* »²¹. Mais l’argument ne saurait être retenu car la décision de la Cour de cassation doit être lue à la lumière d’autres décisions rendues par elle. Ce qui permet à Madame Labarthe de conclure : « *c’est en réalité le contrat (tout court) qui est présumé à titre onéreux et non le contrat d’entreprise qui, lui, est toujours onéreux* »²².

29. Si la qualification de contrat innommé est admissible, la question de l’exigence d’une rémunération pour la période amont prend évidemment un autre tour. Le régime juridique

¹⁶ En ce sens, Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11^{ème} édition, 2020.

¹⁷ J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, n° 92113.

¹⁸ En ce sens Françoise Labarthe et Cyril Noblot, *op. cit.*, § 31.

¹⁹ P. Puig, *La qualification du contrat d’entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 31.

²⁰ Civ. 3^{ème}, 17 décembre 1997, *Dalloz aff.* 1998,667.

²¹ P. Puig, *loc. cit.*, n° 78.

²² *Op. cit.*, § 31.

n'en est pas réglementé par le Code civil – hors, naturellement, l'application du droit commun des contrats – mais il peut arriver naturellement que les juges, raisonnant par analogie, empruntent une partie du régime du contrat d'entreprise pour l'appliquer à cette convention particulière²³.

3. Les œuvres réalisées dans le cadre d'une commande

30. Historique du contrat de commande d'œuvres. Quoique non réglementée par le code de la propriété intellectuelle, la commande de ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui une œuvre de l'esprit a existé de tout temps. Avant même la reconnaissance juridique de l'existence d'un auteur.

31. On trouve trace de commandes dès l'Antiquité – Égypte, Grèce ou Rome – au Moyen-Âge et à la Renaissance. Mais, à Rome, par exemple, l'activité recherchée relevait des « *artes serviles* » ce qui conduisait à voir dans la personne des exécutants de simples façonniers ou artisans. L'analyse de la situation n'a véritablement évolué que sous l'impulsion d'un double mouvement.

32. D'une part, après la proclamation du droit d'auteur et notamment, en jurisprudence française dans le courant du XIXe siècle, avec la reconnaissance prétorienne du droit moral. Depuis cette période, le regard juridique change et « *le contrat de commande cesse d'être un contrat de louage d'ouvrage de droit commun, pour devenir un contrat de louage d'ouvrage particulier* »²⁴. C'est si vrai que, par exemple, l'un des importants traités de droit civil appréhendant le contrat d'entreprise sous forme de monographies mais aussi dans certaines de ses variétés, comprend de longs développements propres au devoir de respecter le droit d'auteur²⁵.

33. Le deuxième mouvement qui attire l'attention concerne l'objectif poursuivi à l'occasion de la commande. Dépassant le cadre classique de la simple recherche de la remise d'un objet artistique – par exemple un portrait – à créer, la commande s'enrichit désormais de considérations liées à une exploitation subséquente à la livraison de la chose. Il ne s'agit plus, pour le donneur d'ordre, de simplement jouir de l'œuvre façonnée pour lui mais d'en envisager également l'utilisation (par exemple celle d'un programme d'ordinateur), éventuellement à plusieurs, ou plus largement en espérer les fruits tirés d'actes de commercialisation. C'est peut-être alors que commence à se dégager l'idée qu'il existerait un « amont » (période de conception jusqu'à l'achèvement de l'œuvre) et un « aval » (période d'exploitation). Et celle associée dans l'esprit de certains auteurs d'une rémunération due pour chacune des étapes. La première venant rétribuer l'auteur pour le travail, l'ouvrage, déployé ; la seconde associant le créateur aux produits de l'exploitation. Cette seconde rémunération est classique sur le terrain du droit d'auteur. La première est liée à l'idée qu'un prix est consubstantiel au contrat d'entreprise. Et au constat que la période amont est souvent de plus en plus longue comme, par exemple, dans le cadre du développement d'une solution logicielle (plusieurs dizaines de mois) ou celui de la réalisation des planches d'une bande

²³ Françoise Labarthe et Cyril Noblot, *op. cit.*, § 33.

²⁴ S. Denoix de Saint Marc, *op. cit.* § 6.

²⁵ Françoise Labarthe et Cyril Noblot, *op. cit.*, § 1180 à 1203.

dessinée (environ une année). Or si certaines des commandes sont très souvent passées entre personnes morales (par exemple en matière informatique), nombre d'entre elles sont conclues directement avec un auteur – personne physique (par exemple dans le champ de l'édition classique).

34. Appréhension jurisprudentielle du contrat de commande. Mais ce n'est pas sur cette problématique économique que les juridictions ont eu, dans un premier temps, à connaître des difficultés liées au contrat de commande mais plutôt sur le terrain du droit moral, pour lequel des questions ont été posées.

35. En faveur des auteurs, il a pu être reconnu (affaire Whistler)²⁶ que l'existence du droit de divulgation pouvait permettre à un créateur de s'opposer à la livraison forcée de l'œuvre promise. Un peintre a pu ainsi mettre en avant son droit moral – pourtant non reconnu par la loi à cette époque – à propos d'une œuvre qu'il proclamait inachevée, en dépit d'actes d'exposition et de déclarations aux journaux. Les juges refusant même la voie des astreintes pour l'y contraindre.

36. Mais, en d'autres hypothèses, les juges ont refusé de faire prévaloir les intérêts intellectuels de l'auteur sur la force obligatoire du contrat de commande. Ou bien se sont attachés à en contourner la portée en déplaçant le raisonnement sur un autre terrain juridique.

37. Procédant à la qualification de l'opération contractuelle en cause en contrat de commande plutôt qu'en contrat ayant trait à l'exploitation d'une œuvre, la Cour régulatrice²⁷ a pu estimer :

« Attendu qu'ayant constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que la traduction du livre Harlem n'avait pas été remise préalablement à la signature du contrat, faisant ainsi ressortir que le contrat conclu ne portait pas sur l'exploitation d'une traduction achevée mais constituait un simple contrat de commande, la cour d'appel en a exactement déduit que les clauses qui réservaient à l'éditeur la faculté de faire procéder à la réécriture de la traduction qui lui serait remise, si celle-ci ne répondait pas “aux exigences de correction et de style d'un travail littéraire consciencieux”, étaient justifiées et non potestatives » (souligné par nous).

38. Là gît l'un des effets habituels du contrat d'entreprise : la nécessaire conformité de la chose livrée à la commande. L'entrepreneur promet d'exécuter un travail et de l'accomplir conformément aux prévisions du contrat, aux usages ainsi qu'à la qualité habituelle de l'ouvrage. Le plus souvent il est établi entre les parties un cahier des charges qui permettra au

²⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1900, *Whistler*, DP 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol, S. 1900, 1, p. 489, obs. Esmein ; D. 1900. I. p. 497, obs. Planiol. La cour d'appel d'Orléans, dans l'affaire *Rouault* (Orléans, 17 mars 1965, JCP 1965, II, 14186, note H. Boursigot) a pu estimer que « l'auteur [pouvait] revendiquer l'œuvre non divulguée même entre les mains d'un possesseur de bonne foi, lequel [n'était] pas fondé à se prévaloir de l'article 2279 (ancien) du Code civil. L'argument “[était]” qu'une œuvre d'art ne peut entrer dans le commerce que du jour où son créateur s'en est dessaisi librement par un acte discrétionnaire qui la livre au public »

Nota : il ne semble pas possible de citer, à propos de l'influence du droit de divulgation, les décisions rendues dans l'affaire ayant opposé l'artiste Dubuffet à la Régie Renault. L'achèvement de l'ouvrage trouvant tout simplement sa justification dans l'effet des stipulations contractuelles plutôt que comme résultat de la mise en avant de droit moral de l'auteur. En effet, il n'existe pas de droit à la divulgation.

²⁷ Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, n° 05-14588.

juge d'apprécier l'adéquation entre la commande et l'objet livré.

39. Dans une autre espèce, le constat du travail « *accessoire* » d'une illustratrice dont les œuvres ne viennent qu'illustrer des œuvres déjà écrites – ce qui exclut la qualification d'œuvre de collaboration – permet aux juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, de ne pas retenir l'existence d'un contrat d'édition mais seulement l'existence de « *contrats de louage d'ouvrage assortis d'une cession du droit de reproduction* ». L'illustratrice n'a pu, ainsi, bénéficier des règles protectrices du CPI relatives au contrat d'édition²⁸.

40. La force obligatoire des stipulations contractuelles de la commande a pu même être affirmée postérieurement à l'arrêt Whistler et cela dans des hypothèses où l'auteur croyait pouvoir mettre utilement en avant son droit moral. Tel a été le cas dans l'affaire « État gabonais »²⁹.

41. L'État gabonais et la Société nationale de télévision Antenne 2 avaient conclu une convention pour la réalisation, la production et la diffusion d'un film sur le Gabon. Une fois le film terminé, l'État gabonais a assigné sa cocontractante en dix millions de francs de dommages-intérêts au motif que l'œuvre réalisée donnait du Gabon des images tendancieuses et procédait d'une constante volonté de dénigrement sans rapport avec le projet initial non plus qu'avec le synopsis définitif et le scénario, lesquels avaient recueilli l'accord des deux parties conformément à l'une des clauses de la convention. L'État gabonais ajoutait que, selon la convention conclue, le montage aurait dû être réalisé d'un « commun accord ». Préentions rejetées par l'autre partie qui faisait valoir que ces stipulations étaient dénuées de toute portée en ce qu'elles étaient contraires au principe d'inaliénabilité du droit moral.

42. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt confirmatif, avait partiellement rejeté la demande de l'État gabonais mais son arrêt est cassé par la Cour de cassation au terme d'une motivation qui a été critiquée par une partie de la doctrine :

« Attendu que (...) le jugement confirmé s'était fondé sur ce "qu'en tout état de cause l'exécution du contrat n'aurait pu porter atteinte au droit moral de l'auteur ainsi qu'à la liberté de création des personnes participant à la réalisation de cette œuvre cinématographique" ;

Attendu qu'en adoptant un tel motif, alors que, sans préjudice des dispositions de l'article 32 de la loi du 11 mars 1957, le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci et que l'auteur peut, au préalable, légalement consentir par convention à limiter sa liberté de création et s'engager, en particulier, à obéir aux impératifs d'une commande faite à des fins publicitaires ou à rechercher, dans ce domaine ou dans un autre, l'accord de son cocontractant, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (souligné par nous).

43. Cette décision a été critiquée par le professeur Françon qui a estimé que « *en retardant le moment où naît le droit moral elle empêche l'auteur d'invoquer l'inaliénabilité de ce dernier prévu par l'article 6 de la loi de 1957 [aujourd'hui article L 121-1 CPI] et de faire prononcer la nullité des renoncements à la sauvegarde de ses intérêts moraux qu'il aurait*

²⁸ Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, n° 13-24359.

²⁹ Civ. 1^{ère}., 7 avr. 1987, A2 c/ Etat Gabonais, *RIDA* oct. 1987, p. 197 : *RTD Com.* 1988, p. 224, note Françon ; *D.* 1988, p. 100, obs. Edelman.

consentis par contrat avant la naissance de l'œuvre ».

44. À la vérité, peu importe le moment où naît le droit moral, il y a simplement lieu de constater que, par les aménagements contractuels retenus (obligation d'obtenir l'accord du donneur d'ordre sur le synopsis et le scénario définis), l'auteur, tout en limitant sa liberté créatrice, renonçait bien pour l'avenir à son droit moral à naître, ce qui est contraire aux principes fondamentaux du droit d'auteur français.

45. On mesure les dangers de pareille décision. Il suffirait que la commande enferme l'auteur dans des consignes strictes et demande à ce dernier de rechercher en aval l'accord d'un donneur d'ordre quant à la forme de l'œuvre pour constater que le contrat de commande pourrait être totalement un contrat d'asservissement. Le contrat de commande, par toutes les anticipations qu'il offrirait, deviendrait un piège pour le créateur et permettrait le contournement de toutes les règles protectrices édictées. Mais sans doute convient-il de ne pas généraliser à partir d'une décision qui se présente sans doute comme un arrêt d'espèce.

46. **Premières conclusions.** Quoiqu'il en soit, de cette première approche, il résulte donc, d'abord, que le contrat de commande n'est pas réglementé par le code de la propriété intellectuelle de manière générale. Ce laconisme législatif ne signifie pas pour autant qu'il est rarement recouru dans les faits à pareille convention.

47. La pratique est variable selon les secteurs. Mais l'issue de nombre de litiges tranchés montre le peu de faveur à l'endroit des créateurs. Le constat n'est pas indifférent au moment d'apprécier – à l'invitation du rapport Racine – l'opportunité de créer un régime général du contrat de commande.

II. La pratique du contrat de commande dans les différents secteurs

48. Les nombreuses auditions³⁰ menées permettent d'établir un panorama de la pratique du contrat de commande dans le secteur de la création. Sans prétendre à l'exhaustivité, les exemples présentés permettent de se convaincre de ce que la commande existe dans certains secteurs – voire est systématique pour certaines œuvres – mais est inexistante dans d'autres et, en toute hypothèse, s'incarne dans des figures contractuelles très variées. Le présent rapport a fait le choix de regrouper les pratiques par secteurs ; comme on le verra, à l'intérieur d'un même secteur le rapport à la commande est très différent. L'organisation de la commande, lorsqu'elle existe, s'est naturellement faite en dehors de toute prescription du CPI puisque le Code se désintéresse totalement de la phase de la création³¹. Dès lors, c'est le principe de la

³⁰ Voir Annexe I.

³¹ Celle-ci est même un élément à ne pas prendre en compte pour déterminer si une œuvre peut être protégée à travers le principe de non discrimination des œuvres et d'interdiction de prise en compte du mérite, v. art. L. 112-1 CPI : « *les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

liberté contractuelle qui s'impose pour cette phase de création et notamment pour l'organisation des relations entre le donneur d'ordre et l'auteur ou encore pour la rémunération. Pour ce dernier aspect, s'est développé un système d'avances sur droits, parfois accompagnées de primes d'inédit, suivant des modalités variables.

49. Plan. Pour plus de clarté, on a choisi de présenter la pratique de la commande secteur par secteur : dans l'édition littéraire (1), la musique (2), l'audiovisuel (3), les arts photographiques, plastiques et graphiques (4) et le jeu (5).

1. La commande dans l'édition littéraire

50. Dans l'édition littéraire, les hypothèses sont très hétérogènes. Il y a des cas pour lesquels il y a systématiquement une commande, d'autres cas pour lesquels c'est très variable. Le plus souvent, cela est organisé dans la convention relative à la cession des droits, le contrat d'édition. Sont alors abordés, dans la même convention, le sort des droits patrimoniaux, mais également les dates de rendus, la signature des bons à tirer, etc. – autant d'éléments qui n'ont, en réalité, pas grand-chose à voir avec la question de la cession des droits pour l'exploitation de l'œuvre.

51. La commande dans la traduction. La commande est omniprésente pour la traduction d'ouvrages de langue étrangère : c'est l'éditeur (français) qui a acquis les droits auprès d'un homologue étranger qui commande une traduction à un traducteur. Les traducteurs reçoivent un à-valoir dont le montant varie en fonction de la longueur de l'œuvre à traduire³², de la difficulté de la traduction et de la notoriété de l'auteur³³. En ce sens, la traduction littéraire prend en compte la quantité de travail qui incombe au traducteur pour établir le montant de la rémunération forfaitaire amont. Mais cette possibilité est liée à la circonstance très particulière qu'il existe une œuvre première comme référence objective³⁴.

52. Cette somme versée en amont de l'exploitation de l'œuvre traduite est généralement libérée en trois temps : au moment de la signature du contrat, à la remise du manuscrit et au moment de l'acceptation de la traduction³⁵.

53. En outre, les contrats prévoient en général des rémunérations liées à l'exploitation de

³² Le secteur de la traduction pratique la tarification au feuillet. On notera que le calibrage informatique aurait fait perdre un pourcentage important de la rémunération (de l'ordre de 30%) au regard des pratiques antérieures car il ne prend plus en compte les blancs.

³³ V. le code des usages de 2012 conclu avec le SNE, art. 6 sur la rémunération avec un à-valoir sur les droits d'auteur.

³⁴ En fonction du sens de la traduction et des langues concernées, il existe différents taux de foisonnement qui permettent d'établir la longueur de l'œuvre traduite à partir de l'œuvre originelle. Par exemple le passage entre l'anglais et le français induit un taux de foisonnement entre 15 et 20% (l'œuvre traduite en français sera entre 15 et 20% plus longue que l'œuvre dans la langue anglaise).

³⁵ Les contrats de traduction reposent souvent sur des contrats d'édition avec option. Seule la levée d'option par l'éditeur, qui vaut acceptation du manuscrit, enclenche la publication de l'œuvre et transforme la somme « amont » en à-valoir sur l'exploitation de l'œuvre. Si l'option n'est pas levée la rémunération est dénommée « rémunération pour la rédaction d'un manuscrit ».

l'œuvre mais dont les taux sont extrêmement bas³⁶. Dès lors, l'à-valoir étant imputable sur les redevances liées à l'exploitation de l'œuvre, il est très rare en pratique que les traducteurs reçoivent une somme complémentaire, fruit de leur rémunération proportionnelle : de fait, seul l'à-valoir constitue la rémunération des auteurs traducteurs³⁷.

54. Ouvrages spécifiques. Il y a presque toujours une commande pour certains ouvrages très particuliers comme des essais, des ouvrages techniques, certains dictionnaires pour lesquels l'éditeur sait que – sauf exception – les ouvrages sont créés à perte. L'éditeur qui commande une telle œuvre cherche par exemple à compléter une collection.

55. Ouvrages de bande dessinée. La réalisation d'une bande-dessinée s'accompagne souvent du versement d'avances de la part de l'éditeur. Comme pour les autres secteurs de l'édition, la somme perçue au moment de la création n'est envisagée que comme une avance sur les droits à venir. Le travail du scénariste et celui du dessinateur ne mobilisent pas autant. En général le dessinateur doit se consacrer quasi exclusivement à la réalisation des planches de la bande-dessinée alors que le scénariste peut éventuellement, en parallèle, mener d'autres projets. Ce déséquilibre est normalement compensé par la rémunération que chacun va toucher : sans que ce ne soit systématique, le dessinateur obtient en général une rémunération plus élevée, aussi bien au moment de l'avance qu'en termes de pourcentage pour la rémunération proportionnelle³⁸. Toutefois le système se retourne souvent contre le scénariste en raison d'une pratique³⁹, relevée dans certains cas, qui consiste à attendre l'amortissement de ses avances non seulement sur la partie des droits qui correspond à sa rémunération proportionnelle mais également sur celle du dessinateur. Autrement dit, alors même que l'avance du scénariste peut être déjà remboursée, il doit attendre que l'avance du dessinateur le soit également pour commencer à toucher les montants liés à sa rémunération proportionnelle⁴⁰. Il serait possible de s'interroger sur la conformité de ces pratiques avec les principes essentiels tant du droit d'auteur que du droit civil : dès lors que son avance est remboursée en raison de l'exploitation de l'œuvre, le scénariste devient le créancier de l'éditeur⁴¹. Si elle peut se comprendre du point de vue de la logique économique de l'éditeur, la pratique de l'amortissement sur l'ensemble des comptes scénariste / dessinateur, fait en réalité porter le poids de la nature collaborative de l'ouvrage sur le seul scénariste. Pourquoi

³⁶ Les auditions visent des taux entre 0,25 et 1,2% pour la rémunération proportionnelle des traducteurs.

³⁷ Pourtant le Centre national du livre conditionne certaines aides à une rémunération minimale des traducteurs.

³⁸ Originellement, la répartition des droits – dont le total était de 11% du prix de vente de l'album - s'établissait, en moyenne, autour d'un partage de 1/3 pour le scénariste, 2/3 pour le dessinateur – mais ces parts respectives ont évolué. On n'envisage pas ici le cas dans lequel le travail du coloriste est reconnu comme un travail d'auteur, ce qui peut arriver. Si on ne peut que s'en réjouir dans le principe, la pratique veut que cela impute économiquement la part des autres auteurs : du point de vue de la rémunération, la même somme est répartie entre les différents intervenants, ce qui baisse mécaniquement la part de chacun. On ajoutera que les auteurs de la bande dessinée constatent – et déplorent – les nouvelles techniques de création notamment numériques aient eu pour effet de transférer certaines tâches jusqu'alors dévolues aux éditeurs vers les auteurs. La charge de travail des auteurs dans la bande dessinée s'est globalement accrue ces dernières années sans que leur rémunération ne soit augmentée. Une tendance à la régression est même signalée du fait de l'augmentation du nombre des publications (effet purement mécanique).

³⁹ Parfois qualifiée de « système de proportionnel inverse ».

⁴⁰ Cette situation n'existe que pour les contrats tripartite « éditeur/dessinateur/scénariste ».

⁴¹ Alors que pendant toute la phase de remboursement l'auteur est le débiteur de l'éditeur.

faire peser sur ce dernier cette part du risque éditorial alors que sa relation contractuelle avec l'éditeur peut être regardée comme personnelle et non « solidaire »⁴² ? Les éditeurs expliquent cette pratique par le poids de l'Histoire⁴³. Elle serait héritée de l'époque où la répartition des droits d'auteur entre le dessinateur et le scénariste était fréquemment de 2/3 pour le dessinateur et de 1/3 pour le scénariste, suivant en cela la répartition de l'avance entre eux deux. Par la suite, les scénaristes ont obtenu une répartition plus arithmétiquement équilibrée, souvent à 50/50, sans que, toutefois, cette répartition plus égalitaire soit prise en compte dans la répartition de l'avance, créant ainsi une rupture dans la solidarité de la création entre le scénariste et le dessinateur. Les éditeurs font valoir aujourd'hui que pour les contrats dont la répartition des droits correspond à la répartition de l'avance, il n'y a pas de problème.

56. Le reste de l'édition littéraire. Loin d'être résiduel, cet ensemble éditorial représente la majorité de l'édition qu'il est difficile de regrouper en sous-ensembles liés par la constance des pratiques. En dehors de la traduction et de la commande de certains ouvrages particuliers, pour les œuvres de fiction ou les essais, les hypothèses sont variées. Dans certains cas, les auteurs créent spontanément leur œuvre littéraire et la proposent à un éditeur une fois qu'elle est achevée. Dans d'autres cas, l'œuvre aura été commandée. Il peut alors arriver que les directives données par l'éditeur soient très précises et que les demandes de modifications des versions de l'œuvre soient également très récurrentes. Ce sera notamment le cas si un éditeur demande à un auteur d'écrire un livre à partir d'une licence sur une œuvre préexistante ou sur un personnage par exemple, ce qui est assez fréquent dans la littérature jeunesse. Cette fréquence ainsi que, semble-t-il, une tendance à demander de très nombreuses modifications aux auteurs jeunesse expliquent probablement en partie une sensibilité particulière de ce milieu à l'encadrement de l'œuvre de commande. Quoiqu'il en soit, l'usage d'une avance sur droits est assez répandu, et est d'ailleurs prise en considération par les juges⁴⁴.

57. Compensation intertitres. On notera également une pratique entérinée dans un accord du 29 juin 2017, signé entre le Conseil permanent des écrivains (CPE) et le Syndicat national de l'Édition (SNE)⁴⁵ et qui organise la compensation intertitres. L'accord prévoit en son article 2 :

« Les droits issus de l'exploitation de plusieurs titres d'un même auteur régis par des contrats d'édition distincts ne peuvent pas être compensés entre eux. Par exception, un

⁴² V. *infra* n° 57 le système de la compensation intertitres.

⁴³ Et serait en voie de réduction.

⁴⁴ V. pour un exemple récent, même s'il ne s'agit que d'un jugement de première instance, Tib jud. Lille 26 mai 2020. Dans cette décision, le juge rappelle que « la loi impose [...] que le contrat d'édition prévoie le nombre d'exemplaires minimum constituant le premier tirage, ou à défaut, le versement au bénéfice de l'auteur d'un minimum garanti (« à-valoir »), en considération du fait que la rémunération de l'auteur constitue la contrepartie de la cession de ses droits patrimoniaux au bénéfice de l'éditeur ». Et d'ajouter plus loin que « le montant de l'à valoir est un moyen pour l'auteur de vivre de son métier dans la mesure où l'usage établi dans l'édition est de considérer que le montant de l'à-valoir versé par l'éditeur à l'auteur doit couvrir, au minimum, l'équivalent des droits d'auteurs dus sur la moitié du premier tirage ». En l'espèce, les juges ont annulé le contrat d'édition en raison de « l'absence d'engagement de l'éditeur relatif au nombre d'exemplaires minimum constituant le premier tirage et l'absence d'à-valoir prévu au bénéfice de l'auteur ».

⁴⁵ Cet accord prolonge un accord de mars 2013, signé avant l'adoption de la réforme de 2014 du contrat d'édition.

ou plusieurs à-valoir non couverts portant sur un ou plusieurs titres peuvent être compensés avec les droits issus de l'exploitation d'un ou plusieurs autres titres, sous réserve de faire l'objet d'une convention séparée des contrats d'édition avec l'accord formellement exprimé de l'auteur. Cette compensation ne peut empêcher le versement par l'éditeur de l'intégralité de l'à-valoir prévu à chaque contrat d'édition »

58. Autrement dit, l'article rappelle le principe de l'interdiction de la compensation intertitres, pour immédiatement en prévoir ensuite la possibilité « par exception ». Bien que fruit d'une concertation, cette pratique peut étonner. Elle fait en partie échapper l'éditeur au risque inhérent à sa profession en le reportant peu ou prou sur l'auteur. Elle peut, en outre, sembler contraire au principe de la rémunération proportionnelle puisqu'elle empêche potentiellement un auteur de participer au succès d'une de ses œuvres tant que ses autres œuvres n'ont pas permis de couvrir les avances respectivement perçues. Considérée du point de vue de l'éditeur, cette possibilité à lui offerte de réduire ses pertes précédentes permettra qu'un nouvel ouvrage devienne possible. Mais, s'il y a une part d' « intérêt commun » dans le contrat d'édition, cela est à propos d'une œuvre particulière et non d'un sous ensemble éditorial quand bien même ce dernier concernerait les mêmes parties... à différents contrats. Pour cette raison, il paraît délicat de penser que cette pratique puisse être étendue plus que de raison. Sa mise en œuvre est, du reste, limitée chez certains éditeurs aux secteurs éditoriaux dans lesquels il y a une logique de séries et/ou de collections (mangas, licences...). Pratiquée plus largement, la compensation intertitres constituerait presque une désincitation pour un auteur à avoir plusieurs œuvres chez un même éditeur. Sans parler de la crainte exprimée par certains auteurs de voir l'éditeur moins incité à fournir des efforts pour que l'œuvre rencontre un certain succès⁴⁶. Certes, l'accord collectif est assorti de précautions. En tout état de cause, la compensation intertitres ne peut être mise en œuvre qu'avec l'accord exprès (« clair et écrit ») de l'auteur, exprimé dans un acte distinct du contrat d'édition. Et il ne peut y être recouru que de manière exceptionnelle. Mais est-ce suffisant pour protéger un auteur parfois trop désireux d'être publié « à tout prix » ?

2. La commande dans le secteur musical

59. Dans la musique, il faut distinguer de manière assez fine les secteurs : certains ne reposent que sur la commande, d'autres y sont totalement étrangers. La musique de variétés et la musique pop rock et apparentés ne reposent quasiment que sur de la création spontanée. En revanche il y a deux secteurs de la musique qui reposent systématiquement sur de la commande : la musique contemporaine et la musique à l'image.

60. La musique contemporaine. La création d'un opéra ou d'une symphonie contemporains repose toujours systématiquement sur de la commande⁴⁷. S'il n'y a pas de

⁴⁶ Rappr. la décision du tribunal judiciaire de Lille précitée qui, outre l'importance de la rémunération de l'auteur, considère que le système de l'à-valoir constitue également une « incitation, pour l'éditeur, à mettre en œuvre les efforts commerciaux nécessaires pour vendre les exemplaires de l'ouvrage édité ».

⁴⁷ On peut citer comme exemple récent la musique commandée par l'État français à Pascal Dusapin pour la cérémonie de panthéonisation de Maurice Genevoix, le 11 novembre 2020.

commande passée pour ce type d'œuvres, aucun compositeur n'entreprend la création d'une telle œuvre, ne serait-ce que pour des questions de financement de l'œuvre et de l'orchestre. Dans cette hypothèse le donneur d'ordre est généralement un mécène – personne physique ou institution publique – qui aimera voir son nom associé à la première mondiale de l'œuvre concernée ; il n'y a aucune démarche lucrative dans ce type de commande.

61. Dans ce schéma, le donneur d'ordre paye au créateur une somme forfaitaire de quelques dizaines de milliers d'euros⁴⁸. Il est également prévu que le créateur obtienne une rémunération liée à l'exploitation de son œuvre par le biais de la SACEM⁴⁹. L'avantage de ce schéma de financement est que la somme forfaitaire payée en amont ne s'impute jamais sur le fruit de l'exploitation puisque ce sont deux entités différentes qui sont débitrices de ces sommes. Il y a une étanchéité structurelle entre la somme payée en amont et les droits perçus ensuite.

62. La musique à l'image. La musique à l'image correspond à la commande passée par le producteur audiovisuel pour la bande originale d'un film. Pour ce secteur, les contrats de commande sont dénommés contrats de production exécutive si toute la commande est organisée dans un contrat unique ; il arrive également que soient distingués formellement le contrat de commande de la musique originale, le contrat d'interprète et le contrat de production exécutive. Ces contrats ou ensembles contractuels organisent une relation tripartite entre le producteur de l'œuvre, le compositeur et le réalisateur sans qu'il n'y ait aucune relation de subordination entre ces différents intervenants⁵⁰.

63. Le compositeur écrit l'œuvre qui lui a été demandée et l'enregistre, ce qui suppose un travail qui dépasse la seule écriture : fédérer l'équipe d'artistes-interprètes, éventuellement procéder à la direction musicale, etc.⁵¹ Il reste difficile de distinguer formellement le travail d'écriture de l'enregistrement car ces deux phases s'imbriquent l'une dans l'autre. Le compositeur est rémunéré en droits d'auteur en deux phases : une prime de commande qui rémunère l'écriture et l'enregistrement et des rémunérations liées à l'exploitation. Ces deux sommes peuvent être prévues dans un même contrat mais elles sont distinguées financièrement, ne serait-ce que parce que ce sont deux entités différentes qui vont payer ces sommes :

- le producteur paye la commande, il s'agit d'une somme forfaitaire mais qui tient compte du temps passé et de la complexité de la production. Cette somme est traitée comme du droit d'auteur fiscalement et socialement ;
- la SACEM verse le fruit de l'exploitation, il s'agit alors d'une rémunération

⁴⁸ Pour un ordre de grandeur, il semblerait que 30 000 ou 40 000 euros constitue déjà une somme très importante. À cette somme peuvent venir s'ajouter une prime à la valorisation payée par la SACEM de l'ordre de 3 ou 4 000 euros en moyenne ainsi qu'un pourcentage de l'ordre de 20% sur le montant de la location des partitions, somme versée par l'éditeur et qui représente quelques milliers d'euros en moyenne.

⁴⁹ Dans le domaine de la création de musique classique, ces droits ne semblent pas dépasser 8 à 10 000 euros par an.

⁵⁰ L'absence de lien de subordination entre le producteur et le compositeur est renforcée par le fait que les contrats ne prévoient jamais d'exclusivité, un compositeur n'est jamais lié à un seul producteur et même pendant la période d'enregistrement il n'y a pas d'exclusivité exigée des producteurs.

⁵¹ Les grands compositeurs de musiques de films sont recherchés tout autant pour leurs qualités artistiques que pour leur capacité à organiser et gérer une équipe autour d'eux.

proportionnelle⁵².

64. Cette dualité empêche que la somme amont, la prime de commande, s'impute sur les droits générés par l'œuvre. Ainsi, l'auteur perçoit la prime au moment de l'écriture et de l'enregistrement de l'œuvre puis il perçoit ses droits sur l'exploitation de l'œuvre dès que celle-ci en génère, sans qu'il soit nécessaire d'attendre que la prime ait été remboursée. On n'est donc pas dans un système d'avances sur droits. Toutefois cette économie en deux temps est bien intégrée par toutes les parties prenantes et l'économie des ensembles contractuels concernés repose sur ce schéma.

65. On notera que, outre l'absence de confusion et d'imputation entre les deux sommes, les montants touchés par les auteurs de bandes originales par le biais de la gestion collective – pourcentages sur les fruits de l'exploitation – sont souvent supérieurs aux sommes forfaitaires allouées en amont.

3. La commande dans l'audiovisuel

66. Globalement, l'audiovisuel – au sens large⁵³, cinéma et hors cinéma – repose sur un principe de rémunération échelonnée avec la pratique du minimum garanti, soit des avances sur les droits d'exploitation des œuvres⁵⁴. Le minimum garanti s'impute ensuite sur les sommes dégagées par l'exploitation mais reste non remboursable : si les montants des droits liés à l'exploitation restent inférieurs à la somme forfaitaire perçue en amont, cette dernière reste garantie à l'auteur. Cette pratique du minimum garanti dans l'audiovisuel a pour effet que, concrètement, les auteurs – et notamment les scénaristes – sont de plus en plus payés au moment de la production, donc au moment où ils élaborent le scénario, avec le risque de ne plus toucher grand-chose au moment de l'exploitation, alors même que, juridiquement, les sommes ainsi versées sont des droits liés à l'exploitation de l'œuvre. Ce système de rémunération forfaitaire au moment de l'élaboration de l'œuvre s'est développé et quasi-systématisé dans les années 1980⁵⁵.

⁵² Le producteur n'est pas le cessionnaire des droits de la bande originale : l'article L. 132-24, al. 1 CPI exclut l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles de la présomption de cession.

⁵³ C'est-à-dire, au sens du droit d'auteur, à propos donc d'une œuvre « consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles » (Art. L.112-2, 6°, CPI).

⁵⁴ Pour une approche globale de la pratique contractuelle dans l'audiovisuel, on peut se rapporter au travail de la SACD et notamment à l'outil de veille qui a été mis en place à ce sujet.

⁵⁵ Ce développement trouve sa source dans plusieurs phénomènes concomitants qui se sont complétés : la montée en puissance des chaînes privées avec des obligations légales de production, l'influence croissante des agents dans le secteur audiovisuel, ainsi que le poids croissant de la gestion collective (tous les modes d'exploitation des œuvres audiovisuelles qui sont apparus à partir des années 1990 ont été pris en charge par les organismes de gestion collective). On notera que les chiffres établis par la SACD montrent qu'il y a globalement une augmentation de l'enveloppe de l'écriture ces dernières années, ce qui ne signifie pas que tous les auteurs se sont mécaniquement enrichis.

3. 1. La commande dans le cinéma

67. C'est dans le cinéma que l'on trouve probablement l'opposition la plus marquée, entre les auteurs, sur l'opportunité de distinguer la phase « amont » (création) et la phase « aval » (exploitation, diffusion de l'œuvre). Pour certains scénaristes, une telle distinction suppose une frontière très nette qui est inexistante et ne correspond pas à la réalité de l'écriture scénaristique ; ces scénaristes envisagent leur travail plus dans un *continuum*.

68. Quoi qu'il en soit, les parties organisent en général contractuellement la phase d'écriture et celle de l'exploitation de l'œuvre ; souvent, la convention d'écriture et la cession de droits sont contenues dans le même contrat – le contrat de production audiovisuelle⁵⁶. Le secteur a également recours, en pratique, au versement d'avances au bénéfice des scénaristes durant la phase d'écriture, que l'on qualifie de minimum garanti (MG), dont le versement suit un échéancier prévu contractuellement, et qui a juridiquement le statut de droits d'auteur⁵⁷. Ces sommes, comme leur nom l'indique, sont définitivement acquises à l'auteur mais sont en revanche récupérables, par le producteur, par le biais de l'exploitation en salle. Contrairement au secteur de l'audiovisuel *stricto sensu*, le cinéma n'a pas développé la pratique de primes d'inédit non imputables sur les droits d'exploitation⁵⁸. En revanche, un certain nombre d'initiatives sont en cours pour s'accorder collectivement sur des montants *minima* de MG ainsi que sur le principe d'échéanciers⁵⁹.

3. 2. La commande des œuvres audiovisuelles *stricto sensu*

69. Formellement, la plupart des contrats de production audiovisuelle se nomment « contrats de commande et de cession de droits ». L'audiovisuel pratique le système de la rémunération forfaitaire sous forme de minimum garanti (MG) qui peut comporter une prime d'inédit. Le minimum garanti n'est jamais remboursable – une fois que l'auteur l'a touché on ne lui demandera pas un remboursement. La prime d'inédit n'est, en outre, pas amortissable sur les fruits de l'exploitation de l'œuvre. La structure de la somme versée « en amont » va dépendre du pouvoir de négociation de l'auteur mais elle a aujourd'hui une structure minimale imposée.

70. Dans l'audiovisuel au sens strict (hors cinéma), la commande – notamment de scénarios – est quantitativement plus répandue que dans l'industrie cinématographique. C'est peut-être ce qui explique que les différents protagonistes, en particulier les auteurs et les producteurs se soient accordés sur de bonnes pratiques dès 2012⁶⁰. Les auteurs sont rémunérés

⁵⁶ Toutefois, il semblerait qu'il existe des cas dans lesquels l'élaboration du scénario se fait en dehors de toute signature d'un contrat, que le scénario soit élaboré spontanément ou qu'il ait été sollicité par un producteur. C'est notamment cette circonstance qui explique que certains auteurs revendiquent un meilleur encadrement de cette phase de création.

⁵⁷ Cette pratique, comme dans les autres secteurs, a pour effet d'opérer une confusion entre la rémunération du travail de création / rémunération de l'exploitation des œuvres.

⁵⁸ V. *infra* n° 70 pour cette pratique.

⁵⁹ V. *infra* n° 208 pour ces réflexions en cours.

⁶⁰ V. *infra* n° 204 et s. pour une synthèse des différents accords existants dans l'audiovisuel et notamment les accords transparence du 6 juillet 2017.

en deux temps, une somme pendant la phase d'écriture qui sera versée selon un échéancier prévu à la signature⁶¹ et une somme qui correspond à l'exploitation de l'œuvre. Outre un certain nombre de clarifications essentielles sur les termes employés⁶², les accords ont imposé des contraintes qui ont des effets directs sur la valorisation sur le travail de création :

- la somme forfaitaire versée au moment de l'écriture doit être composée pour au moins 30 % d'une prime d'inédit qui ne peut être imputable sur les sommes perçues au moment de l'exploitation de l'œuvre
- dès que l'œuvre audiovisuelle est amortie, l'auteur (scénariste) commence à percevoir sa rémunération liée à l'exploitation de l'œuvre, quand bien même le minimum garanti qu'il a touché n'aurait pas encore été intégralement récupéré par le producteur⁶³.

71. En dehors de la question de la rémunération, les contrats sur la livraison du scénario sont parfois extrêmement précis et détaillés, notamment sur les différentes étapes et délais de livraison.

72. Pour la rémunération versée au moment de l'exploitation, par la SACD, la difficulté tient à ce qu'il existe un vrai problème de décorrélation dans le temps : la somme peut être touchée deux, trois voire quatre ans après le moment de la création. Cet étalement dans le temps, inhérent à la structure du financement peut expliquer en partie certaines difficultés rencontrées par les auteurs voire une attirance pour une rémunération plus importante dans la phase d'élaboration de l'œuvre.

3. 3. La commande d'œuvres radiophoniques

73. Même si leur volume a tendance à diminuer, les œuvres originales diffusées à la radio reposent systématiquement sur une commande. Une prime est versée à la SCAM ou à la SACD à la signature que l'on qualifie de prime d'inédit. Cette somme est non amortissable sur les éventuels droits liés à l'exploitation et la radio n'en demande jamais le remboursement, même si finalement le texte est refusé. C'est donc une somme garantie et non imputable par la suite.

3. 4. La commande du doublage et sous-titrage

74. La traduction et l'adaptation dans l'audiovisuel reposent uniquement sur une commande. Il s'avère qu'en pratique très peu de contrats sont formellement passés⁶⁴ ; dans les faits, le paiement des primes de droits d'auteur vaut contrat. Les donneurs d'ordre sont la plupart du temps les prestataires techniques du doublage / sous-titrage⁶⁵ : c'est bien plus rarement l'ayant droit du film lui-même qui passe la commande.

⁶¹ Les premiers versements ont lieu avant même la remise d'un écrit.

⁶² Par exemple une définition claire des recettes nettes part producteur (RNPP).

⁶³ En raison de la définition de l'amortissement qui a été retenue dans les accords, une très grande majorité de la production française peut être considérée comme amortie dès le financement. Ce principe a pour effet de remettre de la gestion individuelle dans le rapport producteur / auteur et de la transparence.

⁶⁴ Les auteurs de ce secteur disent ne passer formellement de contrats que lorsque les commandes sont passées par des majors américaines.

⁶⁵ Les principaux prestataires techniques en France sont *Dubbing Brothers* et *Titra*.

75. La rémunération de la commande repose sur un calcul en fonction du nombre de mots traduits / doublés ou pour 10 minutes de film. Le tarif syndical recommandé est entre 4 et 5 000 euros pour le sous-titrage ou le doublage d'une œuvre audiovisuelle mais en pratique très peu d'auteurs touchent cette somme. Cette somme payée à la commande est forfaitaire.

76. En outre, quand l'œuvre passe en salle ou à la télévision, les doubleurs / traducteurs sont rémunérés par le biais de la gestion collective, SACEM ou SCAM⁶⁶. Les sommes sont alors modestes et estimées à une moyenne de 800 euros pour 100 000 entrées. Les auteurs de ce secteur dénoncent une baisse globale de leur rémunération.

4. La commande dans les arts photographiques, graphiques et plastiques

77. Dans le secteur de la photographie la commande est très utilisée ; c'est l'un des deux modes principaux de financement de l'activité du photographe, l'autre étant l'exploitation de ses archives. La création spontanée est possible mais plus accessoire. Les contrats qui organisent la commande d'une série de photos distinguent nettement, d'une part, les frais de déplacement, les frais de bouche, et les frais de location de matériel et, d'autre part, la rémunération liée à la cession de ses droits par l'auteur. Ce secteur ne repose pas sur la technique de l'à-valoir.

78. Dans le secteur des artistes plasticiens le contrat de commande est souvent pratiqué mais il est alors fréquemment un contrat de vente : la commande porte sur l'exemplaire original de l'œuvre pour lequel on organise un transfert de propriété. Lorsque c'est un musée qui passe la commande, la vente peut parfois s'accompagner d'une cession des droits d'exploitation mais ça n'est pas systématique⁶⁷. Les artistes plasticiens se plaignent de situations dans lesquelles ils sont contraints de céder gratuitement leurs droits, par exemple dans le cadre d'appels d'offres d'institutions, même publiques. D'une manière générale, il leur est difficile de négocier précisément les clauses de leurs contrats, qui s'apparentent le plus souvent à des contrats d'adhésion.

79. Dans le secteur des œuvres utilitaires (design, graphisme), il y a très souvent une cession des droits qui est organisée en même temps que la commande. Il y aura alors dans un même contrat une organisation et une rémunération de la création et ensuite une cession des droits au titre de l'exploitation. On a alors bien deux étapes distinguées auxquelles on associe deux rémunérations qui ne semblent pas s'imputer l'une sur l'autre. Pour ce secteur, l'idée d'évaluer et de rémunérer un temps de travail semble être plus habituelle et possible que pour d'autres secteurs.

⁶⁶ La SACD n'est pas concernée puisqu'il ne s'agit pas d'œuvres originales. En pratique la SCAM ou la SACEM demandent aux traducteurs / doubleurs un certificat au donneur d'ordre avec les caractéristiques du film afin d'établir par la suite les clés de répartition pour leur rémunération proportionnelle. Le CNC joue également un rôle en indiquant, pour la salle, le nombre d'entrées avec doublage / sous-titrage.

⁶⁷ La cession du droit d'exposition est très rarement prévue dans les contrats ; ce problème est un véritable serpent de mer, déjà souligné dans le Rapport Racine.

5. La commande dans le secteur du jeu

80. Dans le secteur de la création de jeux de société la part de commande est extrêmement faible et ne se situerait qu'autour de 10% de la production au maximum. Lorsqu'il y a une commande les directives sont très générales, elles correspondent à de vagues directions éditoriales. La commande correspond parfois à la volonté d'un éditeur qui a obtenu une licence d'exploitation sur une œuvre première et souhaite développer un jeu à partir de celle-ci. Lorsqu'il y a des avances sur droits celles-ci sont très faibles⁶⁸.

81. Bilan. Les situations et les pratiques étant très variables suivant les secteurs il est difficile de réaliser une synthèse. Tout au plus est-il possible de formuler quelques observations :

⇒ La commande n'est pas la solution la plus fréquente ; il faut se garder de l'impression en trompe-l'œil que peut susciter notre présentation. Nous avons insisté sur les secteurs dans lesquels elle était présente mais de nombreuses œuvres sont créées sans commande.

⇒ La commande n'est pas présente de la même façon dans les différents secteurs et n'est pas organisée de manière identique dans les cas où elle est prévue.

Des considérations économiques, matérielles, structurelles, humaines peuvent expliquer ces différences.

⇒ La commande peut parfois concerner une œuvre en contemplation de l'intérêt de disposer du support matériel de celle-ci (œuvres d'Art, par exemple) tandis que le plus souvent elle concerne des créations qu'il s'agira d'exploiter *via* des actes de reproduction ou de représentation (musique, livre, œuvre audiovisuelle).

Les pratiques y sont alors naturellement différentes, la phase postérieure à la création ayant moins d'intérêt dans la première hypothèse que dans la seconde.

⇒ L'analyse des pratiques fait apparaître que les questions relatives à la présence d'une rémunération pour la phase de la création sont moins problématiques lorsque la personne qui passe la commande et la personne qui exploitera l'œuvre réalisée ne sont pas les mêmes.

Il en est ainsi pour l'exploitation de certaines œuvres audiovisuelles ou pour la musique de commande, par exemple. Les débiteurs des diverses sommes dues ne sont pas alors identiques.

⇒ Il apparaît qu'en certaines occasions le versement initial d'une certaine somme conservée par l'auteur en tout état de cause et non compensable avec les fruits de l'exploitation soit retenu sous des appellations diverses (primes d'inédit par exemple).

⁶⁸ Ce qui est en revanche plus observé est le versement d'une prime d'exclusivité par un éditeur à un auteur lorsque ce dernier lui a présenté un jeu et que l'éditeur a besoin de le tester avant sa commercialisation. L'éditeur se réserve ainsi l'exclusivité du jeu un temps mais on n'est pas dans une situation de commande.

Il y a bien alors deux rémunérations distinctes perçues par les auteurs, une pour chacune des phases celle de création comme celle d'exploitation.

- ⇒ Mais ce n'est pas la situation la plus fréquente
 - soit parce que rien n'est prévu expressément pour la phase amont,
 - soit parce que les sommes versées à la commande ne sont le plus souvent que des avances sur les sommes à percevoir comme fruits de l'exploitation.
 - si ces sommes là peuvent recevoir la nature de droit d'auteur au sens du droit social ou fiscal,
 - elles n'ont, trop souvent, qu'une fonction alimentaire et ne permettent que très rarement l'attribution d'une somme complémentaire lors de l'exploitation, faute d'atteindre le point de recoupement.
- ⇒ En outre, il arrive que certaines pratiques peu avantageuses pour les auteurs soient retenues,
 - par exemple à l'occasion de compensations « intertitres »
 - ou dans la bande dessinée par le jeu de compensations portant sur les avances attribuées aux coauteurs.
- ⇒ En tout état de cause, il semble que le plus souvent l'auteur se retrouve pour la phase de création seul en face du donneur d'ordre alors qu'il peut, pour la phase d'exploitation, compter très souvent sur le soutien d'organismes de gestion collective. Il y a cependant lieu d'observer que, dans certains secteurs mieux structurés, des négociations en présence de représentants de l'État peuvent améliorer la position des auteurs pour la phase de création et la qualité des accords passés avec les donneurs d'ordre.
- ⇒ En cas d'avance consentie sur les fruits l'exploitation, il est très fréquent que le point de recoupement ne soit jamais atteint de sorte que l'auteur ne touche jamais une deuxième rémunération. Cette situation fait l'objet de deux interprétations divergentes :
 - du point de vue des éditeurs, ce phénomène est la preuve que l'auteur est le gagnant de la situation actuelle puisqu'il est en définitive mieux rémunéré que par la simple application du taux consenti – cette remarque vaut bien entendu si le taux consenti est raisonnable
 - du point de vue des auteurs, il est la preuve de la nécessité d'une intervention législative qui permettrait de leur garantir véritablement deux rémunérations distinctes

III. L'opportunité d'une intervention

82. Faut-il légiférer et, notamment, retenir la proposition du Rapport Racine d'édification d'un régime juridique propre au contrat de commande ? Il est nécessaire, naturellement, de peser les avantages et les inconvénients de pareille initiative dans le but d'apporter des réponses légales aux aspirations de certains auteurs. Mais avant d'en faire l'analyse (2) il convient de procéder à un rapide tour d'horizon de droit comparé afin de voir si certains pays ont légiféré en la matière (1).

1. L'absence de modèle étranger

83. Rareté des constructions législatives. Les analyses de droit comparé ouvrent peu de pistes exploitables. La Mission s'est – avec le concours d'universitaires étrangers – intéressée aux législations de pays d'horizons et de cultures juridiques différents : deux pays nord-américains irrigués de la logique de copyright (le Canada et les États-Unis) et quatre pays européens. Trois de la famille romano germanique (l'Allemagne, les Pays-Bas et la Belgique) et un de tradition copyright, le Royaume-Uni. Enfin, un pays sud-américain, le Brésil, et un pays africain, le Cameroun.

Le bilan est mitigé.

84. Les trois seuls États à avoir abordé de manière significative la question du contrat de commande sont les États-Unis d'Amérique et le Brésil – mais sans indication particulière à propos de la rémunération des auteurs – ainsi que le Cameroun, qui évoque une rémunération pour la commande mais qui retient aussi un régime défavorable aux auteurs en pareil cas.

Les autres pays sont soit muets sur la question soit dotés de quelques dispositions non générales et dénuées d'apport sur la question de la rémunération.

85. L'exemple peu éclairant des États-Unis d'Amérique. La question du contrat de commande est abordée par la loi du 19 octobre 1976 aux articles 101 (*Définitions*) et 201 (*Works made for hire*).

86. L'article 101 dispose⁶⁹ :

« L'«œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services» est

1) une œuvre réalisée par un employé dans le cadre de son emploi; ou

2) une œuvre commandée spécialement à titre de contribution à une œuvre collective, d'élément d'un film cinématographique ou d'une autre œuvre audiovisuelle, de traduction, d'œuvre complémentaire, de compilation, d'ouvrage d'enseignement, de test, d'éléments de réponse à un test, ou d'atlas, si les parties sont expressément convenues, aux termes d'un instrument écrit signé par elles, de considérer l'œuvre comme une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services. Aux fins de la phrase précédente, l'«œuvre complémentaire» est une œuvre réalisée afin d'être publiée sous forme d'addition à l'œuvre d'un autre auteur, en vue de présenter,

⁶⁹ Traduction de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/us/us001fr.pdf>

de conclure, d'illustrer, d'expliquer, de réviser, de commenter ou d'aider à utiliser l'autre œuvre, par exemple sous la forme de préfaces, de postfaces, d'illustrations figuratives, de cartes géographiques, de diagrammes, de tableaux, de notes rédactionnelles, d'arrangements musicaux, d'éléments de réponse à des tests, de bibliographies, d'annexes et d'index, et l'«ouvrage d'enseignement» est une œuvre littéraire, de peinture ou des arts graphiques destinée à être publiée et utilisée aux fins de l'enseignement scolaire et universitaire ».

87. Inséré dans le Chapitre 2 intitulé « Titularité et transfert du droit d'auteur », l'article 201 prévoit⁷⁰ à son point b) :

« b) Œuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services. Dans le cas d'une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services, l'employeur ou toute autre personne pour laquelle l'œuvre a été réalisée est considéré comme l'auteur aux fins du présent titre et, sauf stipulation contraire figurant dans un instrument écrit signé par les parties, détient tous les droits compris dans le droit d'auteur ».

88. Quelques observations peuvent être faites à propos de cette construction normative américaine. Il y a lieu, premièrement, de remarquer que la question des œuvres issues d'un contrat de commande est regroupée avec celle des créations de salariés. Sont ainsi concernées, ensemble, les créations issues de contrats parfois dits « *de création* ». Ce regroupement est semblable à celui réalisé par la législation française (article L. 111-1 CPI) mais pour un effet radicalement différent puisque, à l'inverse du code de la propriété intellectuelle, la loi américaine prévoit un transfert automatique des droits sur les œuvres concernées au profit de la personne qui a assuré le financement de la création.

89. Il convient, deuxièmement, de noter que l'alignement entre œuvre de commande et création de salarié n'est pas parfait puisque l'effet dévolutif automatique n'est prévu que pour quelques catégories (une toute petite dizaine) d'œuvres à propos des créations de commande. Il n'est pas indifférent de constater que, pour ces dernières, la prise en considération de l'existence d'une pluralité d'auteurs a sans doute été un facteur déterminant de l'intervention législative. Il s'est agi avant tout d'éviter un émiettement de titularités et de constituer, à ce propos, une unité sur la tête d'une seule personne, l'investisseur.

90. Il faut, en troisième lieu, observer que la législation américaine – qui prévoit pourtant des solutions spéciales en la matière – n'offre pas de définition générale de la notion de commande, se contentant de fournir une liste d'œuvres concernées en référence à un simple louage d'ouvrage.

91. Il faut, en quatrième lieu, noter que la construction envisagée par le législateur américain n'est que très parcellaire puisqu'elle se contente de ne résoudre que la seule question de la titularité. Il n'y a pas de régime général du contrat de commande.

92. Les solutions retenues sont, du reste, totalement défavorables à l'auteur puisque celui-ci est dépossédé de ses droits patrimoniaux du seul fait de la commande mais voit également l'investisseur être paré non seulement de la propriété des droits patrimoniaux mais également de la qualité d'auteur.

⁷⁰ *Idem.*

93. Rien, au demeurant, n'est prévu à propos de la rémunération due au créateur en échange de l'activité de réalisation de la commande. Il est vrai, cependant, que le droit américain ne régit pas de façon générale les contrats relatifs aux droits d'auteur et ne se préoccupe pas, en particulier, de la forme de la rémunération due au créateur. Il n'existe pas aux États-Unis d'Amérique de règles particulières relatives au caractère proportionnel de cette rémunération. Mais il convient de noter que l'auteur d'une œuvre de commande ne pourra pas bénéficier de la faculté de résiliation du contrat au terme d'une certaine durée qui permet aux créateurs indépendants de récupérer leurs droits en vue d'une nouvelle négociation afin de mieux les associer au succès de leurs œuvres.

94. L'étude de la pratique montre que certains auteurs reçoivent des avances mais qu'il n'y a pas à proprement parler de distinction établie entre rémunération « amont » et rémunération « aval », l'absence de proportionnalité réduisant du reste l'intérêt de pareille séparation. Reste que le poids des Guildes aux États-Unis peut parfois aider les auteurs dans la recherche d'une rémunération plus juste.

95. Il est donc totalement impossible – pour l'édification d'un régime du contrat de commande en France – de déduire quoi que ce soit d'utile de la seule législation étudiée qui aborde directement – mais de façon partielle – la question des œuvres de commande. On peut seulement redouter que cet exemple n'incite les donneurs d'ordre à exiger, en cas d'intervention législative sur le sujet en France, la contrepartie d'une cession automatique des droits patrimoniaux.

96. Ébauche de l'esquisse d'un statut : l'exemple brésilien. Sans expressément nommer le contrat de commande, la loi brésilienne du 10 février 1998 sur le droit d'auteur et les droits voisins⁷¹ évoque, en deux dispositions, cette hypothèse dans la partie relative au contrat d'édition. C'est ainsi que l'article 54 prévoit :

« 54. Par le même contrat, l'auteur peut s'engager à créer l'œuvre littéraire, artistique ou scientifique dont la publication et la diffusion incombent à l'éditeur.

97. La disposition est propre au seul contrat d'édition qui peut donc, dans certains cas, être adossé à une commande. Le législateur n'a pas pour autant édicté un régime juridique complet à propos de cette situation. Il est à noter cependant qu'une disposition spécifique, l'article 55, concerne les conséquences d'une impossibilité – non fautive – d'achèvement de l'œuvre promise

« 55. Si l'auteur décède avant l'achèvement de l'œuvre ou s'il se trouve dans l'impossibilité de la terminer, l'éditeur peut I. considérer le contrat comme résilié, même s'il a reçu une partie substantielle de l'œuvre; II. éditer ladite partie de l'œuvre, si celle-ci est indépendante, contre paiement d'une rémunération réduite en proportion; III. faire achever l'œuvre par une autre personne, avec le consentement des ayants cause et sous réserve de la mention de ce fait dans la publication.

Alinéa unique. La publication partielle est interdite si l'auteur a manifesté la volonté

⁷¹ Loi n° 9610 du 10 février 1998 sur le droit d'auteur et les droits voisins, Titre VI, utilisation des œuvres intellectuelles et des phonogrammes. Chapitre premier, Le contrat d'édition. Traduction de l'OMPI : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/br/br002fr.pdf>

de ne publier l'œuvre qu'en entier ou si ses ayants cause en décident ainsi ».

98. Un autre, l'article 58, évoque la question de la conformité de l'œuvre livrée.

« 58. Lorsque les originaux remis ne sont pas conformes aux modalités convenues et que l'éditeur ne les refuse pas dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception, les modifications apportées par l'auteur sont présumées acceptées ».

99. Mais rien de particulier n'est précisé s'agissant de la rémunération à part la possibilité de réduire cette dernière en proportion de la partie de l'œuvre qui a pu être déjà réalisée. Il est vrai que les règles générales au contrat d'édition ne paraissent pas contraignantes comme en témoigne l'article 57 de la loi :

« 57. Le montant de la rémunération est fixé en fonction des usages et coutumes, si l'auteur ne l'a pas fait stipuler expressément dans le contrat. »

100. Retenons toutefois qu'il n'existe aucune précision à propos de l'exigence et donc de l'existence de deux rémunérations distinctes, l'une « amont » (réalisation de l'ouvrage promis) et l'autre « aval » (fruits de l'exploitation). Et cela alors que trois autres dispositions, générales, ont trait à la rémunération due à l'auteur⁷².

101. L'exemple brésilien ne peut donc être mis en avant comme modèle de l'édification d'un statut du contrat de commande qui pourrait être favorable aux auteurs. Les quelques précisions qu'il apporte sur la conformité de la chose livrée attirent cependant l'attention. La question est d'importance mais dans l'optique d'une intervention législative française, il est loisible de se demander si les exploitants ne seraient pas alors fondés à revendiquer l'existence de dispositions ayant trait à la présence d'un cahier des charges – éventuellement très précis – et un examen attentif de la question de la conformité de l'œuvre livrée avec l'ouvrage attendu. Ce qui est du reste la solution en droit civil.

102. Un exemple d'appréhension *a minima* du contrat de commande : le droit belge.

La loi belge sur le droit d'auteur, qui a été incorporée dans Code de droit économique, contient, juste après les dispositions relatives au contrat de travail, un article XI-167, § 3, al. 2 ainsi libellé :

« Lorsque des œuvres sont créées par un auteur en exécution d'un contrat de commande, les droits patrimoniaux peuvent être cédés à celui qui a passé la commande pour autant que l'activité de ce dernier relève de l'industrie non culturelle ou de la publicité, que l'œuvre soit destinée à cette activité⁷³ et que la cession des droits soit expressément prévue.

⁷² Art. 59 de la loi brésilienne : « *Quelles que soient les clauses du contrat, l'éditeur est tenu de permettre à l'auteur d'examiner la partie des livres de compte qui le concerne, ainsi que de l'informer de l'état d'avancement de l'édition.* »

Art. 60 : « *Il appartient à l'éditeur de fixer le prix de vente sans toutefois pouvoir l'élever de façon à entraver la diffusion de l'œuvre.* »

Art. 61 : « *Lorsque la rémunération de l'auteur dépend des ventes de l'œuvre, l'éditeur lui délivre des relevés de compte mensuels, sauf si une périodicité différente a été convenue.* »

⁷³ Il faut en outre que l'œuvre « *soit destinée à cette activité* ».

Dans ces cas, le paragraphe 1er, alinéas 4 à 6⁷⁴, et le § 2 ne s'appliquent pas ».

103. La lecture de ce dispositif fait apparaître les solutions suivantes :

- il n'existe pas, en Belgique, de principe de « *Work made for hire* » qui aurait pour conséquence une transmission automatique des droits au profit du donneur d'ordre. La solution ne peut surprendre en raison de la logique personnaliste qui irrigue le droit belge.
- dans tous les cas, les droits patrimoniaux ne peuvent être transmis au donneur d'ordre que par le biais d'une cession contractuelle. Mais le régime de cette dernière n'est pas le même suivant la nature de l'activité du donneur d'ordre.

104. Le droit belge distingue deux catégories de commande :

- les commandes passées par un donneur d'ordre dont l'activité relève de l'industrie non culturelle ou de la publicité, d'une part, qui connaissent un régime « allégé » de cession des droits ;
- toutes les autres commandes, d'autre part, qui demeurent soumises au droit commun du droit d'auteur.

C'est dire que le régime spécifique mis en place a une portée très réduite et ne touche pas le secteur culturel.

105. L'assouplissement proposé par le législateur ne fait pas disparaître l'exigence d'un écrit ni le principe d'interprétation restrictive en faveur de l'auteur si cet écrit est ambigu. Le régime de la cession contractuelle est cependant dit « allégé » car le contrat ne doit pas indiquer les mentions obligatoires prévues par le droit commun (mais il est recommandé que la cession soit « précise ») tandis que la cession des droits concernant des formes d'exploitation encore inconnues n'est pas nulle.

106. La disposition spéciale, qui ne contient pas de définition du contrat de commande, prévoit donc des dérogations extrêmement limitées aussi bien s'agissant de leur champ que de leur portée. Elles ne sont faites que pour faciliter les transferts de droits dans un domaine réduit et plus industrialisé et ne peuvent pas être interprétées comme posant des règles favorables aux auteurs, notamment s'agissant de leur rémunération. Rien n'est dit à propos de la phase « amont » de création de l'œuvre commandée. Quant à la phase « aval », si une participation de l'auteur aux produits générés par l'exploitation est bien due, il y a lieu d'observer que le législateur belge dispense le donneur d'ordre de l'obligation d'exploiter l'œuvre.

107. Le droit belge ne peut donc servir de modèle pour l'édification d'un régime général du contrat de commande favorable aux auteurs.

108. Le contrat de commande en droit d'auteur néerlandais – Il n'existe pas, en droit

⁷⁴ § 1er, alinéas 4 à 6 : « *Pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminées expressément. Le cessionnaire est tenu d'assurer l'exploitation de l'œuvre conformément aux usages honnêtes de la profession. Nonobstant toute disposition contraire, la cession des droits concernant des formes d'exploitation encore inconnues est nulle.* »

§ 2 : « *La cession des droits patrimoniaux relatifs à des œuvres futures n'est valable que pour un temps limité et pour autant que les genres des œuvres sur lesquelles porte la cession soient déterminés* ».

néerlandais du droit d'auteur, de réglementation particulière relative au contrat de commande et cela alors même que l'article 7 de la loi sur le droit d'auteur envisage expressément le sort des créations de salariés – si une œuvre est réalisée dans le cadre d'un contrat de travail, l'employeur sera considéré le créateur de cette œuvre. La doctrine classique majoritaire considère qu'en conséquence, en dehors de ce cas particulier, la règle générale est que le droit appartient au créateur de l'œuvre y compris donc en cas de commande. Du reste, la loi sur le droit d'auteur ne contient pas de définition du contrat ou de l'œuvre de commande.

109. La seule exception qui existe est en matière de dessins et modèles, réglés dans la Convention Benelux sur la propriété intellectuelle⁷⁵ (CBPI). Mais la logique est alors plus proche de la propriété industrielle.

110. Il a pu arriver que certains tribunaux tentent de tirer parti d'une autre disposition, l'article 8, pour élargir le champ de cette solution particulière. Mais cette analyse est critiquée par la doctrine classique qui fait observer que cette disposition particulière, créée en 1912, ne vise à laisser à l'entreprise que les seuls droits relatifs à des œuvres auxquelles personne d'autre ne prétend (des œuvres « perdues », en quelque sorte).

111. Tentatives partielles abandonnées en législations de *copyright*. Il a pu exister quelques dispositions spéciales, propres à certaines catégories d'œuvres, mais ces régimes spécifiques ont été abandonnés.

112. Ainsi, si dans le droit fil de la tradition britannique il n'existe pas au **Canada**, en matière de commande, de *work made for hire*, il a pu exister jusqu'en 2012 une (petite) solution spéciale, dans la loi sur le droit d'auteur, à propos des gravures, photographies et portraits. L'idée à l'origine de cette solution très particulière était que, au XIX^{ème} siècle, les peintres, pour faire diffuser leurs tableaux, faisaient faire des gravures de leurs œuvres. Le transfert automatique des droits au donneur d'ordre sur cet ensemble permettait de favoriser cette circulation. La règle avait une autre vertu : le donneur d'ordre représenté dans un portrait gardait le contrôle de son image. Cette règle a complètement disparu en 2012. Désormais les créateurs de ce type conservent leurs droits sur l'œuvre commandée sauf cession. L'évolution est due au lobby des photographes.

113. Le droit canadien ne connaît donc plus aucune solution particulière en matière de commande. Ce qui signifie, entre autres, que rien de particulier n'est prévu sur le terrain de la (ou des ?) rémunération(s) au profit des auteurs. Il existe une totale liberté contractuelle à ce propos.

114. En **Grande Bretagne**, il existait, dans une disposition de la loi de 1956, aujourd'hui abrogée, une précision selon laquelle en cas de commande d'une photographie les droits devaient être réputés cédés au donneur d'ordre (transfert automatique). Cette solution a été supprimée par la loi de 1988.

115. Une particularité demeure cependant : aux termes de la section 85, quand un

⁷⁵ Article 3.8 Droits des employeurs et donneurs d'ordre.

« 2. Si un dessin ou modèle a été créé sur commande, celui qui a passé la commande sera considéré, sauf stipulation contraire, comme créateur, pourvu que la commande ait été passée en vue d'une utilisation commerciale ou industrielle du produit dans lequel le dessin ou modèle est incorporé ».

photographe prend des photos dans le cadre de la « *domestic life* » (*id est*, vie privée) à la demande de la personne représentée, cette personne dispose du droit d'empêcher le photographe d'en assurer une distribution au public. Il en va de même en matière d'images animées.

116. Hormis cette particularité, la matière du contrat de commande ne connaît donc pas de spécificité : ni transfert de droit au profit du donneur d'ordre, ni règle relative à une rémunération pour la période « amont ».

117. Il n'existe pas non plus de particularités notables dans les deux législations de copyright (Canada et Royaume-Uni) pourtant généralement sensibles à la logique de l'investissement.

118. La prudence du droit allemand. Il n'existe aucune règle impérative relative aux œuvres de commande en droit allemand. A la vérité la loi (UrhG)⁷⁶ ne proclame même pas de façon générale – à l'inverse du droit français - le principe d'indifférence du contrat de commande à propos de la titularité des droits⁷⁷. Ce n'est pas à dire pour autant que la législation allemande soit totalement silencieuse sur la question mais l'apport tiré de son analyse pour la réflexion menée par la Mission est modeste.

119. Ainsi, si la loi sur l'édition pour la littérature et la musique adoptée en 1901⁷⁸ et entrée en vigueur en 1902 (VerlG) contient bien certaines dispositions spécifiques, il y a lieu d'observer que ces dernières, cantonnées à certains secteurs (littérature et musique, donc) et à l'édition (reproduction et distribution), sont facultatives pour la plupart.

120. La notion d'œuvre de commande est abordée à l'article 47 :

« § 47 (*Contrat de commande*)

(1) Si une personne prend en charge la fabrication d'une œuvre selon un projet dans lequel l'auteur de la commande lui décrit de manière précise le contenu de l'œuvre ainsi que la manière selon laquelle l'œuvre devra être effectuée, en cas de doute, l'auteur de la commande n'est pas tenu de reproduire et de diffuser l'œuvre.

(2) La même règle s'applique lorsque le travail se limite à la participation à des activités encyclopédiques ou bien à des travaux auxiliaires ou connexes à l'œuvre d'une autre personne ou bien à une œuvre collective »⁷⁹.

121. On voit que la disposition suppose, pour l'admission de la notion, un encadrement assez fort de l'auteur puisqu'il faut décrire « *de manière précise le contenu de l'œuvre ainsi que la manière selon laquelle l'œuvre devra être effectuée* ». Les solutions retenues n'apparaissent pas comme particulièrement favorables aux auteurs puisque la seule précision

⁷⁶ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (UrhG), plusieurs fois modifiée depuis lors.

⁷⁷ Mais, en droit positif, la solution du droit allemand est identique à la solution française

⁷⁸ Loi allemande sur le droit d'édition du 19 juin 1901

⁷⁹ Traduction – non officielle de Nathalie Phelip-Steinhilber, juriste et traductrice, expert près la cour d'Appel de Lyon, pour le MOTif in « Le droit d'auteur en usage en Europe », *Régimes de droits d'auteur et pratiques contractuelles en Allemagne, Espagne et Grande-Bretagne, concernant les ouvrages de littérature générale par Laure Pécher et Pierre Astier* (Agence littéraire Pierre Astier et associés), pour le MOTif, Octobre 2010 (<https://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/48723-le-droit-d-auteur-en-usage-en-europe.pdf>)

spéciale proclame que le donneur d'ordre n'a pas d'obligation de publier l'œuvre commandée. Et si rien de spécifique n'est prévu à propos de la titularité des droits, aucune solution particulière n'est non plus envisagée sur le terrain de la rémunération. La loi prévoit seulement que, pour toutes les œuvres de ces deux secteurs, commandées ou non, la rémunération sera payée au moment de la livraison de l'œuvre, pas avant⁸⁰.

122. En dehors du champ de la loi de 1901 ou lorsque les parties ont entendu écarter les dispositions facultatives, ce sont les règles classiques qui trouvent à s'appliquer. L'analyse de la jurisprudence – assez rare en la matière – n'apporte pas non plus d'enseignement. La liberté contractuelle est le principe s'agissant de la rémunération pourvu que cette dernière soit « équitable »⁸¹. Il existe bien, dans la pratique, un système d'avances et ce dernier est assez semblable aux solutions retenues en France. On y retrouve ainsi les options suivantes : existence ou non d'une avance ; existence ou non d'une compensation ; existence ou non d'un minimum garanti... On observera, cependant, que dans un « document cadre »⁸², issu de la négociation collective destinée à assurer le caractère « équitable » de la rémunération due, le paiement d'un à-valoir doit être prévu. Mais ce « document cadre » n'a pas de force obligatoire. Il dessine simplement les contours d'une pratique vertueuse conforme aux exigences légales (par exemple en proposant des barèmes).

123. Un exemple africain ? Hors législation nationale, il est possible de citer le cas de l'Accord de Bangui⁸³ qui prévoit une courte disposition de matière de contrats de commande. L'Accord de Bangui a permis la création de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (l'OAPI), Office régional qui couvre 17 pays de l'Afrique de l'Ouest et Centrale⁸⁴. En raison des enjeux importants de la propriété intellectuelle en Afrique, l'Accord propose des modèles de législation en matière de propriété intellectuelle, conformes à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'OAPI est membre de l'Organisation mondiale sur la propriété intellectuelle (OMPI) et signataire des principaux traités relatifs au droit de la propriété intellectuelle.

124. L'accord de Bangui contient une annexe VII, consacrée à la propriété littéraire et artistique qui prévoit, en son article 31 :

« Article 31. Titularité des droits sur les œuvres créées dans le cadre d'un contrat de

⁸⁰ § 23 de la loi allemande sur le droit d'édition du 19 juin 1901 :

« § 23 (Exigibilité des droits d'auteur) La rémunération doit être réglée au moment de la remise de l'œuvre. Si le montant de la rémunération n'est pas déterminé ou bien s'il dépend du volume de la reproduction, en particulier du nombre de feuilles d'impression, la rémunération est exigible dès que l'œuvre est reproduite ».

⁸¹ Caractère exigé par l'art. 32 de la UrhG (voir aussi l'alinéa 2 de l'article 11 de la même loi).

⁸² En 2005, après plusieurs années de discussion, le syndicat des auteurs (VS) et plusieurs grandes maisons d'édition, signaient un document cadre pour l'édition d'œuvres de littérature. Ce document contenait des recommandations et de précisions à propos de ce qui pouvait être regardée comme une rémunération « équitable ». Voir, pour le contenu de l'Accord, <http://www.urheberrecht.org/UrhGE-2000/download/gemverg/962.pdf>. Pour une présentation synthétique en français, voir, « Le droit d'auteur en usage en Europe », Etude précitée, p. 16.

⁸³ Adopté en date du 2 mars 1977, l'Accord de Bangui régit la propriété intellectuelle au sein des dix-sept Etats membres de l'OAPI. Il a fait l'objet d'une révision le 24 février 1999.

⁸⁴ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

travail ou sur commande

Lorsque l'œuvre est créée pour le compte d'une personne physique ou d'une personne morale, privée ou publique, dans le cadre d'un contrat de travail de l'auteur ou bien lorsque l'œuvre est commandée⁸⁵ par une telle personne à l'auteur, le premier titulaire des droits patrimoniaux et moraux est l'auteur, mais les droits patrimoniaux sur cette œuvre sont considérés comme transférés à l'employeur dans la mesure justifiée par les activités habituelles de l'employeur ou de cette personne physique ou morale au moment de la création de l'œuvre ».

On trouve, sur le site de l'OAPI, la définition suivante :

« L'œuvre de commande est une œuvre créée pour le compte d'une personne physique ou morale dénommée commanditaire moyennant ou non rémunération ».

125. Le régime mis en place est peu à l'avantage des auteurs puisqu'il prévoit, du fait de la commande, un transfert de droits au donneur d'ordre sans se préoccuper de la question de la rémunération de l'auteur pour l'ouvrage. Mais, bien que cet Accord soit souvent présenté comme devant servir de loi nationale pour chacun des États, il convient d'observer, pour limiter la portée de cette disposition, que les propositions de législation mises en annexe de l'accord de Bangui sont considérées (ou interprétées) comme étant facultatives. En effet, l'article 3 dudit accord dispose en son premier paragraphe que *« les droits afférents aux domaines de la propriété intellectuelle, tels que prévus par les annexes au présent Accord sont des droits nationaux indépendants, soumis à la législation de chacun des États membres dans lesquels ils ont effet ».*

126. Forts de cette liberté, la plupart des Etats membres de l'OAPI ont conservé le principe d'indifférence d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service sur la titularité des droits que l'on rencontre dans la majorité des législations, dont la loi française. Néanmoins, la loi camerounaise du 19 décembre 2000 sur le droit d'auteur aborde la notion d'œuvre de commande au point 13 de son article 2 et prévoit le régime en son article 12 :

Selon l'article 2 :

« 13 - « œuvre de commande », celle créée pour le compte d'une personne physique ou morale dénommée commanditaire, moyennant rémunération ».

Aux termes de l'article 12 :

« Article 12. – (1). – Dans le cas d'une œuvre de commande, l'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur. Toutefois, sauf disposition contractuelle, les droits patrimoniaux sur ladite œuvre sont considérés comme transférés au commanditaire qui les exerce dans les limites convenues.

(2). – L'auteur exerce son droit moral sur l'œuvre de commande sans nuire à la jouissance des droits patrimoniaux transférés.

(3). – Dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre

⁸⁵ Sur le site de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) on trouve la définition suivante : *« L'œuvre de commande est une œuvre créée pour le compte d'une personne physique ou morale dénommée commanditaire moyennant ou non rémunération. L'auteur est le premier titulaire du droit d'auteur. Toutefois, les droits patrimoniaux sont transférés par dispositions contractuelles au commanditaire. Exemple : Le Guide du magistrat et des auxiliaires de justice. »*

le commanditaire et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au commanditaire de droits patrimoniaux sur l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support »

127. Si on ne s'attarde pas sur le troisième alinéa de l'article 12, propre à un contrat de commande particulier (spécifique aux œuvres publicitaires), il y a lieu d'observer que la législation camerounaise :

- consacre spécifiquement l'œuvre de commande – dont elle fournit une définition – pour créer un transfert automatique des droits patrimoniaux au profit du donneur d'ordre ;
- semble faire de la rémunération une condition de la qualification ;
- exclut les droits moraux de pareil transfert tout en en limitant la portée puisqu'il prévoit expressément que l'exercice des prérogatives intellectuelles conservées par l'auteur ne peut « nuire à la jouissance des droits patrimoniaux transférés ». Jusqu'à considérer que l'exercice négatif du droit de divulgation ne peut empêcher le donneur d'ordre d'exploiter la création ?

128. Dans un cas particulier, celui des œuvres de collaboration, la loi précise, à l'article 8, §8 :

« (8). – L'œuvre de collaboration est réputée achevée lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre les coauteurs. Pour les œuvres de collaboration qui constituent des œuvres de commande, la version définitive doit avoir été établie d'un commun accord entre les coauteurs et le commanditaire » (souligné par nous).

129. Il est loisible de souligner que la législation camerounaise est la seule, parmi celles étudiées par la Mission, qui prévoit expressément le principe d'une rémunération en contrepartie du travail de réalisation de la commande. Mais à quel prix ! Non seulement l'auteur est dépouillé des droits patrimoniaux (sans que la Mission puisse déterminer si une deuxième rémunération est prévue au titre de l'exploitation) mais il voit ses prérogatives intellectuelles fortement diminuées en raison d'une logique économique ou industrielle.

130. Peut-être plus précise sur ce terrain que les autres législations qui abordent peu ou prou l'œuvre de commande, la législation camerounaise n'est cependant construite en la matière pour satisfaire les intérêts des auteurs. La rémunération prévue pour la commande pouvant être prévue au titre du contrat d'entreprise (travail de qualification au sein de la définition), il y a lieu de constater que les règles de droit d'auteur à proprement parler ont été fortement aménagées au détriment des créateurs. L'équilibre recherché s'est fait aux dépens des créateurs.

131. Conclusions. Quand bien même l'étude de droit comparé serait très incomplète, elle permet de prendre conscience de ce que les législations étrangères se montrent réservées à propos d'un encadrement des contrats de commande. Pusillanimité ? Prudence ? Sagesse ? Chacun, en fonction de ses convictions, se fera sa propre opinion. Mais, en tout état de cause, l'observation n'est pas neutre.

132. Il est vrai qu'un sentiment se fait jour : il est rarissime qu'une construction législative assez complète d'un régime du contrat de commande soit envisagée législativement mais plus l'intervention du législateur prend de l'ampleur moins les solutions retenues sont favorables aux créateurs.

133. C'est donc le droit commun du droit d'auteur qui s'applique le plus souvent, avec son caractère plus ou moins protecteur selon les législations. La pratique contractuelle existe bien, usant, comme en France, du système des avances ou des à-valoir mais sans le secours de l'ordre public de protection qui irrigue le droit français des contrats de droit d'auteur.

134. En résumé :

- ⇒ Les interventions législatives en matière de contrat de commande sont rares ;
- ⇒ Aucune législation n'a élaboré de statut complet à propos du contrat de commande ;
- ⇒ Aucune des quelques constructions existantes n'a été prise dans le souci de préserver les intérêts des auteurs ;
- ⇒ A l'exception de la législation camerounaise, aucune disposition nationale n'existe pour appréhender, du point de vue de la rémunération de l'auteur, la période « amont » de création de l'œuvre commandée ;
- ⇒ Les questions relatives à la rémunération relèvent le plus souvent, de façon générale, du droit commun du droit d'auteur ;
- ⇒ Plus les législations tendent à se montrer précises à propos de la commande et plus les aménagements du droit commun du droit d'auteur - défavorables aux auteurs - sont nombreux (dévolution automatique des droits patrimoniaux, limitations au droit moral...) et la liberté créatrice encadrée (projet précis, conformité de l'œuvre livrée...).

2. Les avantages et les inconvénients envisagés de l'édification d'un régime juridique au contrat de commande en France

135. Tous les acteurs du secteur culturel entendus n'ont pas la même approche ni la même opinion sur la question. L'opposition frontale entre ceux (très largement majoritaires) qui sont totalement hostiles à l'idée même d'une intervention législative et ceux qui en sont partisans, conduit nécessairement s'interroger sur les avantages recherchés (2.1) mis en balance avec les risques probables (2.2).

2. 1. Avantages recherchés

136. Professionnalisation et meilleur encadrement. Les revendications sur le contrat de commande s'inscrivent dans un contexte dans lequel une partie des auteurs souligne leur professionnalisation⁸⁶ tout en déplorant le fait de ne pouvoir vivre correctement de leur création. La volonté de consacrer un régime spécifique du contrat de commande d'une œuvre repose avant tout sur le besoin de distinguer nettement la phase de création de la phase

⁸⁶ On notera que la formule même d'« *auteur professionnel* » divise le milieu.

d'exploitation de l'œuvre et, corrélativement, la rémunération de la phase de création et de la phase d'exploitation de l'œuvre. En outre, l'absence totale, *de lege lata*, d'un encadrement des conditions de réalisation de l'œuvre constitue un autre problème dès lors que l'absence totale de réglementation ne bénéficierait qu'aux donneurs d'ordre qui, plus puissants, peuvent demander aux auteurs de très nombreuses modifications de l'œuvre avant de la valider et de l'exploiter – sans même que l'auteur n'ait la moindre garantie à cet égard.

137. Symétrie. Les organisations qui revendiquent la création d'un contrat de commande partent du constat – qui ne fait pas l'unanimité – d'une généralisation de l'économie de la commande et de son absence d'encadrement. Il est de fait que le code de la propriété intellectuelle est muet sur la phase antérieure à l'achèvement de l'œuvre : il ne s'intéresse, d'un point de vue contractuel, pratiquement qu'à la phase d'exploitation de l'œuvre. L'élaboration d'un contrat de commande spécifique à la création de l'œuvre créerait ainsi une sorte de « parallélisme des formes », en encadrant tout autant la partie de la relation contractuelle située avant l'achèvement de la création que celle prévue au moment de son exploitation, pour laquelle il existe déjà des règles particulières protectrices de l'auteur⁸⁷.

138. En effet, l'absence d'encadrement lors de la phase de création est extrêmement délicate pour les auteurs qui, dans leur très grande majorité, sont la partie faible du contrat. On constate que certains cessionnaires, sans augmenter la rémunération initialement prévue, demandent aux auteurs de modifier de très nombreuses fois les œuvres en cause (scénarios, manuscrits, logos), sans que l'auteur n'ait l'assurance que le projet aboutira, finalement. Ce déséquilibre s'incarne parfois dans la clause sur la levée d'option que beaucoup d'auteurs regardent comme ayant un caractère (purement ?) potestatif⁸⁸. On pourrait aussi s'interroger sur la compatibilité de cette clause avec l'article 1171 C. Civ. qui dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». La création d'un contrat de commande vise ainsi à mieux protéger les auteurs en prévoyant un encadrement plus précis de la phase de création⁸⁹ : il s'agit d'établir un meilleur équilibre.

139. Valorisation de la phase créative. Il s'agit par ailleurs et surtout de préciser la structure de la rémunération de l'auteur pour valoriser la phase de création. Cette valorisation passerait notamment par la création d'une étanchéité entre la rémunération payée en amont pour la création et celle obtenue au titre de l'exploitation de l'œuvre, tout en attribuant aux deux sommes la nature de droits d'auteur ou, à tout le moins de revenus artistiques pour la

⁸⁷ V. notamment l'article L. 131-3 du CPI qui pose les règles relatives à la cession des droits : les contrats doivent préciser la durée, le lieu, la destination et l'étendue des droits cédés. Et, plus largement, les articles L.131-1 et s. du code de la propriété intellectuelle qui établissent un droit commun des contrats de droit d'auteur ainsi que les articles L. 132-1 et s. du même code qui réglementent une série de contrats nommés en matière de droit d'auteur (édition, représentation, production audiovisuelle, etc.).

⁸⁸ Sur ce questionnement, v. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5ème éd., LexisNexis, 2017, spéc. n° 754 et *infra* n° 172 et s. pour de plus amples développements..

⁸⁹ Échéancier de rendus et de paiement, nombre de modifications qui peuvent être demandées à l'auteur par le cessionnaire, par exemple.

somme payée pour la création.

140. Il est vrai que le système actuel fait apparaître un curieux paradoxe. Le mécanisme des avances mis en place (quand il existe) dans l'édition littéraire a pour conséquence que le paiement d'une partie des fruits de l'exploitation dès la commande de l'œuvre permet – de façon heureuse – d'apporter des subsides à l'auteur durant la phase de création mais pas nécessairement de lui fournir des revenus durant l'exploitation de sa création car le point de recoupement ne serait pas, le plus souvent, atteint.

141. L'observation pose la question du mode de calcul des avances pour lequel règne une certaine opacité. De l'étude de la pratique, il est cependant possible de déduire les quelques informations suivantes. L'avance représenterait un pourcentage de la rémunération espérée par l'auteur par rapport au chiffre du premier tirage de l'œuvre. Ce pourcentage peut varier entre 20 et 60 % suivant les situations et en prenant en considération la notoriété de l'auteur, l'actualité du thème, le genre de l'œuvre, la situation du marché ou... l'habileté du créateur à la négociation, etc.⁹⁰ L'absence de rémunération complémentaire – justifiée au regard de la reddition des comptes – signifie que la plupart du temps le premier tirage n'est jamais épuisé. Ainsi lorsque l'avance représente 50 % des sommes espérées par l'auteur, cela veut dire que le stock des invendus représente au moins la moitié des exemplaires fabriqués. Ce qui conduit à s'interroger sur l'intérêt d'envisager des tirages aussi importants. Ou encore, celui, pour l'éditeur, d'accepter une avance aussi élevée (de son point de vue). Quant à l'auteur, il vit avec l'idée que, en définitive, sa rémunération en théorie proportionnelle n'était, en fait, que forfaitaire. Certes, ce raisonnement ne tient pas compte de l'idée même qui fonde l'activité éditoriale, la prise de risque. Chacun entre dans le contrat avec l'espoir que l'œuvre sera un succès. Mais le plus souvent ces espérances seront déçues. L'idée naît, alors, chez nombre d'auteurs, que l'activité éditoriale est alors une activité spéculative où l'éditeur estime que la rentabilité apparaîtra pour lui sur l'ensemble des œuvres qu'il publie, les gros succès des uns venant compenser les ventes modestes des autres. Il y aurait une différence de regard entre l'éditeur et l'auteur, l'un ayant une vision plus large que l'autre. Et même si cette approche peut être légitime elle est assez mal perçue par l'auteur qui ne s'intéresse, lui, qu'à un seul titre, le sien. Sans parler du désir légitime de pouvoir vivre de sa création.

142. Légiférer pour affirmer l'existence de deux rémunérations indépendantes permettrait, dans l'esprit des auteurs, d'éviter ce phénomène. À supposer que la réalité économique n'impose pas simplement une autre répartition d'une somme globalement identique. C'est envisager les risques probables.

2. 2. Risques probables

143. Contestation de la réalité de l'économie de commande. La position des uns et des autres sur le contrat de commande diverge déjà s'agissant des constats de chacun quant à l'existence d'une économie de commande dans le secteur culturel : le Rapport Racine part du constat d'une généralisation de l'économie de la commande, du moins dans certains secteurs,

⁹⁰ La question peut aussi se poser de savoir quelles rémunérations (un mode d'exploitation ? l'ensemble des modes cédés ?...) viendront en amortissement de l'à-valoir. V. également *supra* n° 57 sur la compensation intertitres dans l'édition littéraire ainsi que n° 55 sur le système du proportionnel inverse dans la bande dessinée.

ce qui justifie la préconisation de la création d'un contrat de commande spécifique à l'acte de création⁹¹. Ce constat n'est pas partagé par tous les acteurs de la culture, qu'il s'agisse des auteurs, des exploitants ou des organismes de gestion collective. Le panorama sur la pratique de la commande⁹² montre d'ailleurs que les choses sont assez contrastées et qu'à l'intérieur même d'un même secteur, il existe des pans concernés systématiquement par la commande et d'autres pour lesquels la commande est presque inexistante ; les pratiques et les usages liés à la commande sont eux-mêmes variables, certains plutôt vertueux, d'autres bien moins.

144. Quoi qu'il en soit, on pourrait admettre qu'un statut spécifique soit nécessaire, que la commande soit ou non généralisée, dès lors que le régime spécifique n'aurait vocation à s'appliquer, précisément, qu'aux hypothèses de commandes. Mais la divergence sur la généralisation effective de la commande reste importante à souligner parce qu'elle explique des crispations autour de la recommandation – une recommandation reposant sur un constat non partagé souffre elle-même d'emblée de critiques – et qu'en outre elle fragilise la pertinence d'un unique régime contraignant de la commande : même dans les secteurs pour lesquels la commande est constatée, les pratiques qui se sont développées sont diverses et fluctuantes.

145. Risque d'un rapprochement avec les systèmes de *copyright*. Le principal risque souligné par les opposants au contrat de commande est celui d'un rapprochement du système de *copyright* dans lequel, souvent, l'existence d'une commande entraîne une dévolution des droits au donneur d'ordre dès l'origine⁹³. Si un tel système devait prospérer en France, outre la rupture complète avec les principes énoncés à l'article L. 111-1 du CPI, il n'est pas certain que les auteurs français seraient mieux protégés car il n'existe pas, en France, les systèmes des Guildes telles qu'aux États-Unis, qui constituent des organisations professionnelles défendant les intérêts des auteurs face aux exploitants⁹⁴. L'obligation de se syndiquer et de rejoindre une Guilde explique la puissance de ces organisations et leur capacité à négocier collectivement les droits des auteurs. Le système de cession des droits ou de dévolution originelle au bénéfice des exploitants est ainsi largement compensé, outre-Atlantique, par la force des organisations professionnelles⁹⁵.

146. La solution en France serait d'organiser un système de contrat de commande spécifique sans effet sur la dévolution des droits mais on serait alors dans un régime qui puise dans l'un et l'autre des systèmes (*copyright* et droit d'auteur) des mécanismes uniquement favorables aux auteurs sans contrepartie structurelle proposée aux exploitants.

147. De sorte que rien ne permet d'affirmer que cette intervention limitée soit acceptée des donneurs d'ordre qui, sur le fondement d'une logique économique, revendiqueraient sans

⁹¹ V. le Rapport Racine, spéc. p. 65 : « en tirant les conséquences des mutations du secteur culturel, devenu largement une industrie de commande (notamment dans les secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et une partie de l'édition), un dispositif contractuel rémunérant le temps de travail de l'auteur, préempté par le commanditaire, doit être envisagé » (nous soulignons).

⁹² V. *supra* n° 48 et s. « La pratique du contrat de commande dans les différents secteurs ».

⁹³ V., *supra*, n° 85 et s., dans l'analyse de droit comparé, l'exemple des États-Unis d'Amérique.

⁹⁴ On se souvient du bras de fer qui avait opposé les scénaristes aux studios et aboutit à des grèves importantes en 2007. Régulièrement la *Writers Guild of America* intervient pour négocier les intérêts de ses auteurs.

⁹⁵ C'est peut-être, d'ailleurs, le modèle revendiqué par certains acteurs du secteur en France. À ce titre, l'appellation « Guilde des scénaristes » n'est pas neutre.

doute, devant le Parlement, une solution fondée sur une argumentation ayant une certaine cohérence : « *je paie en assumant le risque, donc je suis propriétaire* ». N'est-ce pas ce qui existe en partie en matière audiovisuelle puisque l'article L.132-24 CPI organise⁹⁶ une présomption de cession de certains droits patrimoniaux au profit du producteur et cela alors même que leur prise de risque est atténuée par un important système d'aides au financement ?⁹⁷

148. Risque d'un rapprochement d'une logique de droit du travail : un risque de subordination ? Dans la même lignée, certains soulignent le danger de se rapprocher d'une logique travailliste en insistant sur le travail de création et en créant un régime adéquat. Les risques sont alors les suivants : le régime de la commande éloignerait l'auteur du bénéfice de sa liberté de création pour le rapprocher d'un système proche – si ce n'est similaire – du lien de subordination vis-à-vis de l'exploitant. Et sans aller jusque-là il faut souligner les risques inhérents à l'idée même de commande. La pratique existante en matière de développement de logiciels spécifiques (commandés) montre la place importante et contraignante d'un cahier des charges. Jusqu'à enfermer le créateur dans un carcan ? La définition allemande de la « commande »⁹⁸ atteste de cet encadrement tandis que la loi camerounaise démontre que la construction législative va alors jusqu'à limiter le droit moral de l'auteur⁹⁹.

149. En outre, si l'on qualifie la phase de création de travail ou qu'on se rapproche de cette qualification, cela emporte des conséquences sur la nature des sommes versées dans cette phase et sur le montant des cotisations, bien plus lourdes si on est dans l'hypothèse du salariat¹⁰⁰. Enfin, comme dans le rapprochement avec le système de commande anglo-saxonne, comment articuler ce nouveau contrat avec les principes énoncés à l'article L. 111-1 du CPI : faut-il maintenir le principe d'une neutralité du contrat de commande au regard de la titularité des droits ? Dans ce cas on retrouve le problème évoqué plus haut de la création d'un régime uniquement favorable à l'auteur sans contrepartie pour les exploitants. Faut-il au contraire créer une présomption de cession au bénéfice du donneur d'ordre ? Dans ce cas les auteurs ne sont probablement pas gagnants et on se détourne de la philosophie du droit d'auteur français traditionnelle.

150. Pour résumer, il est difficile d'admettre que les auteurs réclament un plus fort encadrement du travail, une meilleure rémunération sans aucune des contreparties liées au statut de salarié. Reste que le statut d'indépendance de l'auteur ne justifie évidemment pas toutes les dérives observées dans certaines des pratiques contractuelles.

⁹⁶ « *Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle.*

Le contrat de production audiovisuelle n'emporte pas cession au producteur des droits graphiques et théâtraux sur l'œuvre ».

⁹⁷ V. *infra* n° 191 et s. sur la présomption de cession dans le cadre du contrat de commande.

⁹⁸ V. *supra* n° 120.

⁹⁹ V. *supra* n° 126.

¹⁰⁰ Si on rentre de plus en plus dans une logique « travail » dans la phase amont, à terme, les cotisations sociales ne seront plus au niveau 1,1% mais beaucoup plus élevées.

151. Confusion de problèmes d'ordre différent. En lien avec le rapprochement d'une logique travailliste, on peut également souligner que la revendication du contrat de commande vise en partie à répondre à des problèmes qui, s'ils sont réels, ne relèvent pas strictement du droit d'auteur et ne devraient donc pas trouver leur solution dans ce champ du droit. En effet l'édification d'un régime spécifique au contrat de commande simplifierait, selon certains, la vie des auteurs au regard d'un certain nombre de problèmes qui relèvent plutôt du droit social : à l'égard des administrations fiscales et sociales, la production d'un contrat de commande accompagné d'un régime juridique clair permettrait de fluidifier les questions de congé maternité, congé maladie, retraite, etc. Si les problèmes de perception de ces différents droits sont réels, il nous semble inopportun de les régler par le biais d'un contrat se rapportant – ne serait-ce qu'indirectement – au droit d'auteur.

152. Risque d'un bouleversement des modèles économiques. Un autre risque souligné par des acteurs du secteur culturel est celui selon lequel la création du contrat de commande bouleverse les modèles existants de financement des œuvres. La sanctuarisation de la somme versée en amont augmenterait la charge des exploitants ou, au contraire, n'aurait aucun effet sur la rémunération des auteurs si, par un système de « vases communicants », les exploitants décidaient de baisser la rémunération proportionnelle due au titre de l'exploitation afin de rester dans un montant global de rémunération identique mais réparti sur les deux phases. C'est alors démontrer que la voie de l'édification d'un statut pour le contrat de commande imposant deux rémunérations serait de portée nulle, le législateur ne pouvant intervenir sur le montant des pourcentages à accorder. Forts de l'analyse de la situation actuelle, d'aucuns vont jusqu'à prétendre que l'intervention actuelle serait inutile ou dangereuse.

- Le risque d'un système de « vases communicants »

L'insistance actuelle des auteurs à obtenir deux rémunérations indépendantes, une pour chaque phase, pour compréhensible qu'elle puisse être, peut paradoxalement avoir des effets radicalement inverses de ceux espérés. Comme cela a été précédemment souligné¹⁰¹, le point de recoupement n'étant que rarement atteint, l'auteur se contentera, le plus souvent, du versement de l'avance qui excède par son montant le total des sommes qu'il devrait percevoir en application du taux de rémunération inséré dans le contrat pour la phase d'exploitation. La situation est par exemple la suivante. L'auteur peut espérer toucher, en cas de succès, une somme totale de 10 000 € et a reçu 5000 € à titre d'avance. Le succès modeste de l'œuvre fait que le montant de la rémunération due au titre de l'exploitation n'atteint que 4000 €. En conservant les 5000 € d'avance, l'auteur réalise donc une bonne opération. Dans cette hypothèse, cela signifie donc qu'économiquement l'auteur a plus touché (5000 €) qu'il n'aurait dû le faire s'il n'avait été rémunéré qu'au pourcentage (4000 €). Dès lors, l'analyse est la suivante : dans les cas de non recouvrement du minimum garanti, l'auteur a bien reçu une somme supérieure à celle uniquement due pour l'exploitation. On peut donc considérer qu'il a été rémunéré en partie pour la commande, la rémunération de la commande étant constituée de la différence entre ce qu'il a touché effectivement et ce qu'il aurait dû toucher s'il n'avait été rémunéré que des fruits de l'exploitation. Soit, dans l'exemple

¹⁰¹ V. *supra*, n° 140.

présenté, 1000 €. Le risque, dans cette hypothèse, si les fruits de l'exploitation sont vraiment bas, est que l'exploitant retourne à son avantage l'analyse du contrat de commande, et argue du fait que le niveau de rémunération de la commande – s'il est possible de l'établir objectivement – est trop élevé. Ou à tout le moins, que l'adoption d'un contrat de commande ne doit pas entraîner une modification des montants dus, le tout étant simplement de lisser les sommes envisagées en les répartissant harmonieusement entre l'amont et l'aval. Ce qui conduit à nouveau à démontrer l'inutilité de l'intervention législative.

- Le risque d'un nivellement vers le bas du niveau des rémunérations

Créer un régime spécifique pourrait même, selon certains, se révéler dangereux pour les auteurs non concernés par la pratique de la commande. En effet, en étant encore plus pessimiste, on pourrait redouter que l'habitude d'adopter des taux de rémunération plus bas ne devienne un usage qui s'étende aux pratiques contractuelles avec d'autres auteurs qui ne seraient pourtant pas concernés par une commande. Le risque de spirale négative par effet de contamination ne peut être ignoré.

Forts de l'analyse de la situation actuelle, d'aucuns vont jusqu'à prétendre que l'intervention actuelle serait inutile ou dangereuse.

- Le risque de création de barrières à l'entrée

Il faut envisager la création d'un contrat de commande spécifique au regard des incitations que cela représente pour l'exploitant de l'œuvre – le donneur d'ordre en l'occurrence. Le risque de créer un régime du contrat de commande qui s'applique de manière trop systématique, avec corrélativement l'obligation de payer une somme pour la création, indépendamment du succès de l'œuvre, revient à créer un coût fixe pour la création de l'œuvre. Ce coût fixe peut décourager la mise en production d'œuvres. C'est encore plus vrai dans une situation où l'auteur, ses capacités de travail, le succès de ses œuvres sont des données que le donneur d'ordre ne connaît pas¹⁰² : celui-ci, incapable d'évaluer les chances que l'œuvre soit achevée ou encore les chances de succès de l'œuvre¹⁰³ ne va, la plupart du temps, pas prendre le risque de commander l'œuvre ou ne serait-ce que la suggérer si la définition du contrat de commande est lâche. Autrement dit, la création d'un contrat de commande spécifique avec l'obligation de payer une somme fixe pour la création pourrait constituer une barrière à l'entrée importante sur le marché des œuvres concernées, situation particulièrement délétère pour les jeunes auteurs. Pour être plus précis, tout dépend de l'évaluation des risques par les deux parties et de niveau du coût fixe en question. Dans un système où le coût est essentiellement fixe et payé par le donneur d'ordre à l'auteur, le risque est entièrement supporté par le donneur d'ordre, l'auteur ne supportant pas le risque de succès ou d'échec. Les choses dépendent donc en réalité beaucoup du montant de ce coût fixe : s'il est élevé, il y a un réel risque de barrières à l'entrée, ce qui peut évincer les plus jeunes auteurs ; s'il est faible ou inexistant, le système est peu protecteur des

¹⁰² Situation d'asymétrie d'information.

¹⁰³ Sans considérer que le succès d'une œuvre d'un auteur déjà connu est une donnée parfaitement fiable, on peut toutefois considérer qu'elle est encore plus incertaine si l'auteur est tout jeune sur le marché.

auteurs en général et n'est pas de nature à encourager la création¹⁰⁴. Tout ceci pour souligner que la question de la structure de la rémunération – ainsi que son niveau – ont un effet direct sur le niveau des œuvres qui seront financées et créées.

La conclusion est paradoxale car la revendication du contrat de commande vise notamment à améliorer le sort des jeunes auteurs qui, ne touchant pas encore de droits liés à l'exploitation d'œuvres antérieures, ont besoin d'être rémunérés au moment de la création. Toutefois, le risque nous semble réel et sa mise au jour montre qu'il faut se garder de créer un système trop rigide.

L'intervention législative pourrait donc être contreproductive. Elle est éminemment délicate.

153. Risque d'assimiler à des auteurs des participants à la commande. Un autre risque a pu être évoqué : en insistant sur la partie « amont » de la création et en qualifiant les sommes ainsi versées de droits d'auteur, certains participants à cette phase de la création, visés par le contrat de commande, pourraient bénéficier du statut d'auteur d'un point de vue fiscal et social alors même qu'ils n'ont pas créé de forme originale au sens du droit d'auteur. Ce serait le cas, par exemple, de consultants qui participent à l'écriture d'une série. La création d'un statut spécifique du contrat de commande et la qualification des sommes perçues dans ce contexte par la loi rendraient plus difficile d'opérer le départ entre les vrais auteurs et les apporteurs d'idées.

L'intervention législative pourrait donc être aussi génératrice de confusions.

154. Au regard de la pesée des avantages – indéniables – et des inconvénients – très nombreux – la plus grande prudence s'impose. En outre, même si les risques encourus et précédemment présentés peuvent faire l'objet de regards et d'appréciations différents, demeure la question des difficultés juridiques.

¹⁰⁴ Dans une perspective un peu différente mais qui n'est pas sans lien, le basculement dans une rémunération forfaitaire par le biais du contrat de commande est envisagé par certains – opposants au contrat de commande – comme un risque de conforter le modèle économique des grandes plateformes (*Amazon, Netflix*), avec un risque de préemption de la création française alors qu'elles ne sont pas – encore – soumises aux mêmes contraintes en termes de production et de diffusion que les diffuseurs français. Fortes de leur solide assise financière, leur modèle économique consiste précisément à acheter des droits au forfait (système de « buy-out », que l'on soit en présence d'une œuvre déjà réalisée ou dans un système de commande, d'ailleurs). L'augmentation du coût fixe des œuvres, par le biais de l'instauration d'un contrat de commande spécifique et d'une rémunération obligatoire pour « l'amont » irait dans le sens de leur modèle.

IV. Les difficultés juridiques identifiées

155. Envisager l'édification d'un régime juridique pour le contrat de commande d'une œuvre de l'esprit conduit nécessairement à aborder un certain nombre de questions élémentaires :

- *Où ?* Dans quel corpus législatif la nouvelle construction trouvera-t-elle sa place ? (1)
- *Quoi ?* Quelle définition retenir du contrat de commande ? (2)
- *Comment ?* Quel régime juridique attribuer au contrat de commande ? (3)
- *Pour quelles conséquences ?* (4)

1. La place du contrat de commande

156. Dans quel corpus législatif préexistant la nouvelle construction législative doit-elle trouver sa place ? Deux options sont ouvertes : le Code de la propriété intellectuelle et le Code civil.

Le Code de la propriété intellectuelle vient à l'esprit dès lors qu'il s'agit de légiférer sur la création d'une œuvre et que d'autres dispositions spécifiques aux contrats d'auteur sont déjà présentes, aux articles L. 131-1 et suivants. Toutefois, le Code de la propriété intellectuelle ne s'intéresse aux contrats d'auteur qu'au sujet d'œuvres déjà existantes, pour organiser la cession des droits ; il est muet sur la phase de création¹⁰⁵. Introduire la question de la commande pour la réglementer dans le Code de la propriété intellectuelle serait une entorse au champ de ce Code puisqu'il s'agirait de s'intéresser à la phase de création – notamment pour en régler la question de la rémunération – et non au destin de l'œuvre et à sa protection. Ce n'est pas impossible mais cela constitue toutefois une modification assez profonde de la vocation du Code de la propriété intellectuelle.

157. Il semble donc que le Code civil serait plus indiqué pour contenir un contrat de commande, fût-il spécifique à une œuvre. Sauf à envisager un régime très complet de l'œuvre commandée, ce qui centrerait moins l'édification sur la seule question de la rémunération mais entraînerait inéluctablement un nombre important de dérogations au régime de droit commun du droit d'auteur, pour l'essentiel défavorables au créateur.

2. La définition du contrat de commande d'une œuvre

158. Un régime spécifique suppose une qualification claire rendue possible par une définition précise ne laissant pas de place à des questions de frontières entre les statuts. Il s'agit de tracer le domaine du régime juridique nouveau à destination tant des futures parties au contrat que des juges chargés d'en assurer la mise en œuvre et le respect. Il en va d'une certaine prévisibilité et donc d'une certaine sécurité.

¹⁰⁵ À l'exception notable mais non déterminante de l'article L. 131-1 du CPI qui dispose que « *la cession globale des œuvres futures est nulle* ».

159. Dans cette recherche d'identification, la détermination des éléments caractéristiques est fondamentale et doit résulter de la définition. Dans ce travail d'écriture, il y a deux écueils à éviter : une définition trop large de la commande et à l'inverse, une définition trop étroite, ce qui pose la question du champ du contrat de commande (2. 1.) dont les contours seront tracés par la réunion de certains éléments caractéristiques (2. 2.).

2. 1. La question du champ du contrat de commande

160. Les travaux de la mission ont fait apparaître que les différents acteurs du secteur culturel retiennent actuellement des acceptions totalement différentes de la notion de commande. D'où le besoin d'une définition de toute façon indispensable pour l'édification d'un statut particulier.

161. Les risques d'une définition trop large. Il faut éviter une définition trop large du contrat de commande ; la tentation pourrait en effet être grande de retenir une définition très ouverte et étendue du contrat de commande. Cette solution aurait l'avantage de la facilité, il y aurait commande dès lors qu'un exploitant sollicite la création d'une œuvre auprès d'un auteur, même si la sollicitation reste extrêmement vague, tel un éditeur qui proposerait à un auteur d'écrire le récit d'une campagne présidentielle ou encore un roman policier. Dans cette perspective, la simple sollicitation vaudrait commande même s'il n'y a, par la suite, plus aucune directive ou échange entre le donneur d'ordre et l'auteur.

162. En poussant – exagérément ? – le raisonnement, on pourrait imaginer qu'il y a une commande dès lors qu'un contrat est signé entre un auteur et un exploitant alors même que l'œuvre n'est pas parfaitement achevée. Dans cette vision maximaliste, l'exploitant qui attend de l'auteur une œuvre est en position de commande même si c'est l'auteur qui a commencé à la créer spontanément. Cette vision de la commande aurait alors pour conséquence de n'exclure de la commande et de son régime spécifique que l'hypothèse dans laquelle l'auteur signe son contrat après l'achèvement complet de son œuvre¹⁰⁶. Si tel devait être le cas, une grande partie de la création relèverait, selon cette acception, du contrat de commande.

163. Une définition aussi ouverte présente l'avantage de simplifier les critères de qualification en se concentrant, soit sur l'existence d'une sollicitation, soit sur le caractère achevé ou non de l'œuvre au moment de la signature du contrat. Toutefois, l'un comme l'autre de ces critères présentent l'inconvénient majeur de faire rentrer dans la catégorie du contrat de commande des figures contractuelles qui reflètent actuellement la réalité des rapports entre les auteurs et les exploitants des œuvres – suggestion du thème d'une œuvre, signature du contrat avant l'achèvement de l'œuvre – sans qu'il n'y ait concrètement une commande, dans l'intention des parties, et sans qu'un rapport de cet ordre entre les parties ne soit effectivement engagé. Or, pour avoir de la consistance, la définition juridique retenue doit coller à une certaine réalité factuelle. En outre, si le régime de la commande s'avère assez contraignant pour les parties, et notamment l'exploitant, celles-ci (ou seulement l'une d'entre elles) chercheront à tout prix à éviter d'être incluses dans le régime de la commande, ce qui

¹⁰⁶ Cela concernerait un auteur qui propose son (premier) roman ou essai achevé à un éditeur qui l'accepte tel quel ou encore un musicien qui a écrit l'intégralité d'un morceau de musique. L'hypothèse correspond également à certains usages dans la photographie qui consistent à utiliser les catalogues de photographes (archives).

aurait pour conséquence, pour ce faire, de les conduire à abolir tout échange durant la phase de création, ce qui nous semble délétère pour la création en général. Pour finir, le problème de la preuve de l'existence d'une sollicitation risquerait de générer un contentieux très important.

164. Les risques d'une définition trop étroite. Le risque inverse consiste à retenir une définition trop étroite et très précise, par exemple en retenant qu'il faut une sollicitation (en précisant sa forme ?), une organisation du temps de travail de l'auteur avec des dates de rendu précises, une organisation des échanges entre le donneur d'ordre et l'auteur¹⁰⁷... Le risque est qu'alors il soit trop facile d'échapper à la qualification en adaptant son comportement en fonction.

165. La détermination du champ du contrat de commande est donc essentielle mais complexe. Il faudrait parvenir à une définition qui ne tombe ni dans un écueil ni dans l'autre. En outre, il ne faudrait pas considérer que le travail d'éditorialisation ou, d'une manière générale, les échanges artistiques entre un exploitant qui finance une œuvre et l'auteur s'inscrivent nécessairement dans une relation qui relève de la commande, ce qui, selon les partisans du contrat de commande, suppose un certain pouvoir de l'exploitant sur le créateur. La question de savoir comment définir la commande, entre un niveau minimal de directives – sans quoi tout est commande – et une liberté nécessaire au profit de l'auteur – sans quoi il ne serait qu'un simple exécutant – reste pendante. D'un secteur à l'autre de la création artistique, à l'intérieur d'un même secteur, il n'y a aucune unanimité sur la définition de la commande.

166. Les parties concernées. Une question peut également se poser au regard des parties concernées par le contrat de commande : le contrat de commande ne concerne-t-il qu'un contrat conclu entre l'auteur directement et un donneur d'ordre ? Ou un intermédiaire est-il envisageable ? La question se pose dès lors que, par exemple, dans le secteur du logiciel, la commande d'un programme d'ordinateur – hypothèse très fréquente – est en général conclue par deux personnes morales dont une qui, à son tour, fera travailler des informaticiens, souvent salariés. Sans parler des sous-commandes. Dans le contrat de commande tel qu'il est revendiqué par certains auteurs, n'est envisagée que l'hypothèse d'un auteur partie faible au contrat mais la pratique peut être différente.

2. 2. Les éléments constitutifs du contrat de commande d'une œuvre

167. Il s'agit de tenter de recenser les traits caractéristiques de pareille convention. Trois éléments doivent être réunis : la commande d'une œuvre à un auteur (i) qui doit bénéficier d'une certaine liberté de réalisation (ii) et obtenir en contrepartie le paiement d'un prix (iii).

(i) L'objet du contrat : la commande d'une œuvre par autrui

168. Dans le contrat tel qu'il est pensé par ses partisans, il y a une commande lorsqu'une personne demande à un auteur de réaliser une œuvre. Toutefois, en approfondissant la

¹⁰⁷ En prévoyant, pourquoi pas, le nombre de modifications que le donneur d'ordre pourrait demander à l'auteur.

réflexion, la notion « d'œuvre » est en elle-même imprécise¹⁰⁸. La réflexion sur l'objet du contrat conduit à s'interroger sur les contreparties respectives des parties.

169. La commande d'un support ? Une première acception de la commande renvoie à certaines œuvres particulières pour lesquelles le support unique a une valeur en soi : on songe ici aux œuvres d'art graphique et plastique. Le contrat de commande consiste alors à demander à un artiste de réaliser une œuvre qui va s'incarner en un support matériel – statue, tableau par ex. – dont la propriété sera en général transférée au moment de la livraison de la commande. Il s'agit de la commande d'un objet matériel artistique. Le contrat crée alors, pour l'auteur, une obligation de faire l'œuvre¹⁰⁹ et de la livrer. Dans cette hypothèse, il n'y a pas nécessairement besoin qu'un contrat de cession sur les droits accompagne le contrat de commande. Le contrat de commande trouve sa contrepartie dans le transfert de propriété et la possibilité d'utiliser le support de l'œuvre qui en résulte, du moins dans une sphère privée. Le contrat de commande ne diffère alors pas fondamentalement de tout autre contrat de louage d'ouvrage.

170. La commande d'une œuvre ? Si le contrat de commande vise l'élaboration d'une œuvre de l'esprit qui ne s'incarne pas dans un support matériel¹¹⁰ – par exemple une œuvre musicale, littéraire, la question de la contrepartie de celui qui commande se pose différemment. Le donneur d'ordre paye pour que l'œuvre puisse exister mais l'économie du contrat de commande réside dans le fait que cette personne puisse en faire l'usage. Or, en présence d'une œuvre, cette possibilité suppose une cession des droits. Dès lors, le contrat de commande et la cession des droits sur l'œuvre sont interdépendants. Le donneur d'ordre n'a d'intérêt à commander l'œuvre que s'il peut l'exploiter ou si le fond de l'œuvre, les idées véhiculées, constituent un intérêt en soi ou encore dans les cas exceptionnels pour lesquels la commande est détachée de toute logique mercantile comme dans l'hypothèse d'un mécénat¹¹¹.

(ii) La réalisation de l'œuvre en toute indépendance

171. Indépendance et cahier des charges. L'indépendance dans la réalisation de la commande constitue l'un des éléments constitutifs du contrat de louage d'ouvrage, ce qui le distingue du contrat de travail qui repose, lui, sur un lien de subordination¹¹². Cette indépendance s'accompagne toutefois d'un certain nombre de directives de la part du donneur d'ordre puisqu'il y a une commande, c'est-à-dire une attente. Ces directives peuvent se matérialiser dans un cahier des charges à la signature du contrat, dont la précision variera

¹⁰⁸ Au mieux sait-on que la commande ne peut pas porter sur les droits sur l'œuvre en raison de la prohibition de la cession des œuvres futures prévue à l'article L. 131-1 du CPI.

¹⁰⁹ V. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *op. cit.*, n° 561 : le contrat de commande est caractérisé par une obligation de faire pour l'auteur, « éventuellement associée à une promesse de transférer la propriété du support matériel dans lequel s'incorpore l'œuvre ».

¹¹⁰ Ou en tout cas pour laquelle le support n'a pas originellement de valeur en soi.

¹¹¹ Par exemple, dans la commande d'un opéra, la cause de la commande est celle du mécénat.

¹¹² V. *supra* n° 22.

d'une hypothèse à l'autre¹¹³. À la livraison, le cahier des charges pourra être utilisé comme référentiel pour apprécier le fait que le résultat correspond bien à ce qui avait été commandé : c'est ce que l'on nomme la conformité. Lorsque l'objet de la commande est une œuvre, la question de la conformité soulève des difficultés particulières.

172. Problèmes de la conformité d'une œuvre : subjectivité, originalité et droit moral.

Tout d'abord, par essence, la question de la conformité est particulièrement épineuse lorsqu'on l'analyse au regard d'une œuvre : l'œuvre est un objet qui se prête « *mal à une analyse objective seule susceptible de fonder une recherche de conformité* »¹¹⁴. La difficulté est double : comment rédiger à l'avance le cahier des charges contenant les caractéristiques attendues ? Comment vérifier que le résultat y correspond bien alors même que la liberté de l'auteur est non seulement recherchée mais constitutive du contrat passé ? Ensuite, si on enferme trop l'auteur dans un cahier des charges précis, on encourt deux risques : que l'œuvre ne soit pas originale au sens du droit d'auteur, l'auteur n'ayant pas bénéficié d'une marge de liberté suffisante pour la marquer de son empreinte personnelle ; que les directives contraignant l'auteur portent atteinte à son droit moral¹¹⁵.

173. Distinction suivant les types d'œuvres. En toute hypothèse, la difficulté ne sera pas la même d'une œuvre à une autre ; la conformité d'une œuvre purement artistique sera très difficile à analyser alors que pour une œuvre technique ou une œuvre de traduction « *la part d'arbitraire* » est bien moindre¹¹⁶, ce qui permet une certaine sanction de la non-conformité¹¹⁷. En pratique, la question du respect des pactes de préférence et les conditions de

¹¹³ Sachant que l'existence d'un cahier des charges – qu'il soit précis ou non – n'est pas un élément constitutif du contrat d'entreprise.

¹¹⁴ V. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *op. cit.*, spéc. n° 849, p. 697.

¹¹⁵ On trouve quelques arrêts du fond posant des limites sur les directives qu'il est possible de donner à un auteur sans entraver sa liberté créatrice : sanction de rythmes de production imposés à l'auteur et « *de nature à compromettre gravement la qualité de son œuvre, sa réputation et son avenir* » (CA Aix, 3^{ème} ch., 23 févr. 1965, *RIDA* 1966, n° 51, p. 34, *D.* 1966, p. 166, n. R. Savatier, *RTD com.* 1965, p. 849, obs. Desbois ; *adde* CA Nîmes, 1^{ère} ch., 4 juill. 1966, *JCP G* 1967, II 14961, concl. Champeil, *RTD com.* 1967, p. 709, obs. Desbois).

Mais, au rebours, il est loisible de citer l'affaire « État gabonais » déjà évoquée *supra* n° 40 et s. (Civ. 1^{ère}, 7 avril 1987, n° 85-12101, *RIDA* 4/1987, p. 197, *D.* 1988, p. 97, 2^{ème} esp., n. Edelman, *RTD com.* 1988, p. 225, obs. Françon) dans laquelle la Cour de cassation a, pour considérer qu'un auteur ne pouvait mettre en avant son droit moral pour s'opposer aux conséquences artistiques des contraintes et renoncements que les stipulations contractuelles lui imposaient, pu énoncer que « *le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci et que l'auteur peut, au préalable, légalement consentir par convention à limiter sa liberté de création* ». Et, sur la diminution de la teneur du droit moral en matière de commande, organisée par le législateur lui-même, v. *supra* les développements sur la loi camerounaise, n° 126 et s.

¹¹⁶ V. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *op. cit.*, n° 849, p. 697.

¹¹⁷ V. Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, n° 05-14588 au sujet d'une œuvre de traduction. L'arrêt posait la question du respect du droit moral du traducteur et du caractère potestatif des clauses permettant à l'éditeur de procéder à la réécriture de la traduction qui lui serait remise si celle-ci ne répondait pas « *aux exigences de correction et de style d'un travail littéraire consciencieux* ». Les juges considèrent que les clauses litigieuses ne posent pas problème. Il faut reconnaître, qu'en l'espèce, le défaut de qualité de la traduction semblait manifeste : il avait été soulevé par un tiers indépendant, le centre national du livre, et la réécriture de la traduction n'a été entreprise par l'éditeur qu'après cette expertise qui indiquait que la traduction ne rendait pas justice à l'œuvre et « *donnait une impression de paresse mais aussi de maîtrise insuffisante de la langue française* ». Comp. l'espèce dans laquelle un guide à l'usage des visiteurs du Centre Pompidou n'est pas utilisable, ce qui libère l'éditeur de ses obligations (Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1992) ou encore une étude juridique qui ne constitue pas un « *travail adéquat* » (Civ. 1^{ère}, 13

refus légitimes de la part de l'éditeur – ainsi que les conditions de libération de l'auteur – sont riches d'enseignements sur la question de la conformité des œuvres dès lors que les juges exigent, pour que l'auteur soit éventuellement libéré de son pacte de préférence en cas de refus de l'éditeur de publier, que le manuscrit proposé à l'auteur soit *a minima* susceptible de pouvoir être publié. Les juges contrôlent, dans ce contexte particulier, la bonne foi de l'auteur¹¹⁸.

174. Quelle conclusion tirer de ces développements ? La question de la conformité n'est pas impossible pour la commande des œuvres mais elle reste très difficile pour des œuvres pour lesquelles il n'existe pas de référentiel objectif – contrairement à des œuvres techniques ou des œuvres de traduction, à moins que la mauvaise foi de l'auteur soit telle que le défaut de conformité est manifeste.

175. Toute ceci repose naturellement la question de la teneur de l'intervention législative. La construction à venir doit-elle rester prudente sur cette question ? Auquel cas, elle laisserait peut-être le champ libre à l'initiative contractuelle au risque d'abandonner l'auteur face à un cocontractant plus puissant qui parviendrait à lui imposer des exigences et des stipulations conventionnelles pour lui très contraignantes, au péril de son droit moral¹¹⁹ ? On glisserait alors d'une conformité objective à une conformité subjective qui pourrait devenir un piège. Faut-il une intervention législative plus précise pour tenter de trouver un équilibre ? Mais avec le risque de voir des débats parlementaires conduire à une solution peu favorable au créateur comme en témoigne la construction retenue par le législateur camerounais : « *l'auteur exerce son droit moral sur l'œuvre de commande sans nuire à la jouissance des droits patrimoniaux transférés* »¹²⁰ (souligné par nous).

(iii) La contrepartie de la commande : le paiement d'un prix

176. La valorisation financière de la création. Le paiement d'un prix est un élément constitutif du contrat de commande, suivant les dispositions de l'article 1710 du Code civil. Il devrait en être également du contrat de commande spécifique, avec la difficulté de savoir quelle est la contrepartie de ce prix si la commande ne permet pas au donneur d'ordre d'exploiter l'œuvre¹²¹.

177. La revendication de mettre en place un contrat de commande repose

mars 1990 ; en l'espèce, la Cour de cassation censure de la décision du fond qui avait prononcé la résolution aux torts réciproques).

¹¹⁸ C'est le sens de la décision *Koskas* rendue par la cour d'appel de Paris en date (CA Paris 4^{ème} ch. 22 janv. 1992 *Calmann-Lévy / Marco Koskas*). Dans cette décision, l'auteur revendiquait être libéré de son pacte de préférence dès lors qu'il avait présenté deux manuscrits successivement refusés par l'éditeur. Ce dernier conteste et estime que les œuvres en questions étaient objectivement impubliables et n'avaient été proposées par l'auteur que pour être délié du droit de préférence (exécution de mauvaise foi du pacte de préférence). Les juges approuvent et, se fondant sur un faisceau d'éléments (écriture des textes en un mois à peine, œuvres d'un genre très particulier, difficilement commercialisables – roman polyphonique et dodécaphonique -, aucun échange avec l'éditeur, lettre de l'auteur indiquant s'être libéré de ses obligations), considèrent que « *les circonstances dans lesquelles ces manuscrits ont été écrits et adressés à Calmann-Lévy révèlent que Marco Koskas a cherché à se dégager de mauvaise foi de ses obligations contractuelles* ».

¹¹⁹ Affaire État gabonais, précitée.

¹²⁰ Article 12 §2 de la loi camerounaise du 19 décembre 2000 sur le droit d'auteur.

¹²¹ V. *supra* n° 168 et s. sur l'objet du contrat.

fondamentalement sur le fait de mieux valoriser le moment de la création et surtout sa rémunération, ce qui suppose en théorie d'évaluer le temps de la création pour, ensuite, lui attribuer un prix. Or cette appréciation n'est pas évidente pour tous les secteurs de la création ; l'opportunité d'apprécier objectivement le temps de la création divise le secteur de la création.

178. La difficulté d'apprécier le temps de la création. Certains secteurs permettent une évaluation plus facile du temps nécessaire pour créer : c'est par exemple le cas lorsque l'auteur part d'une matière existante qu'il s'agit de traduire : les traducteurs et adaptateurs de films peuvent être contraints à un temps de réalisation ; c'est probablement aussi la même chose pour le traducteur d'un livre qui part d'une matière définie. La pratique retient des éléments de quantification objective. On peut aussi comprendre que la commande d'une série de photos pour un reportage ou l'écriture d'un article sur un thème déterminé ou la mise en forme d'un témoignage puissent répondre à une appréciation à peu près objective.

179. Reste qu'aucun auteur n'a la même appréciation du temps de création et tout créateur admet se nourrir des expériences passées, d'un temps long, de lectures diverses, d'assimilation d'œuvres multiples avant de d'aboutir à une œuvre singulière. Si un livre peut matériellement être écrit en quelques mois, cela aura en réalité pris des années à son auteur pour trouver son style, les idées et la structure qu'il donnera à son œuvre. L'écriture du scénario d'un film répond au même processus. C'est la même chose avec une photographie dont on peut dire que la réalisation prend objectivement le temps d'appuyer sur le déclencheur alors qu'elle est l'aboutissement de longues années d'apprentissage, de voyages, d'expériences, de vécu. Par ailleurs, chaque créateur a sa propre vitesse de réalisation. Si cela est vrai pour tout travail, l'ouvrage créatif est certainement plus sujet à variations de ce point de vue. Le temps de la création n'est donc pas un critère pertinent et en tout cas pas pour la création en général.

180. Les dangers d'évaluer le temps de création. En outre, est-il utile de le rappeler, le droit d'auteur est indifférent au temps passé à créer puisqu'il ne prend pas en compte le mérite de l'œuvre pour que celle-ci accède à la protection¹²². L'insistance sur la prise en compte du temps passé risque d'abaisser les critères de protection, de les objectiver dans une logique travailliste qui n'est pas celle du droit d'auteur classique. Il faut se garder d'établir un rapport comptable au temps de création, qui risquerait de se retourner contre les auteurs eux-mêmes à qui on pourrait reprocher une mauvaise productivité. Et cela ne tend pas à nier la dimension de professionnalisation dans laquelle se trouvent certains auteurs.

181. Certaines méthodes d'objectivation du travail créatif nous semblent plus porteuses, comme celles reposant sur une rémunération au regard d'une quantité objective : c'est le cas de la rémunération au feuillet ou à la planche, très répandue dans le milieu de la bande-dessinée et progressivement abandonnée, ainsi que dans la traduction. Le recours à cette technique s'explique en raison d'une longueur objective de la commande : certaines BD

¹²² Art. L. 112-1 CPI : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

peuvent avoir un nombre de pages définies à l'avance, la traduction repose sur une œuvre première. La pratique prend donc en compte en partie la longueur des œuvres lorsque celle-ci a un sens, ce qui reste différent de l'évaluation du temps de la création qui ne nous convainc pas.

182. En toute hypothèse, la consécration d'un principe de rémunération forfaitaire pour la période de création ne doit en aucun cas faire échapper, pour la période de l'exploitation, au principe de la rémunération proportionnelle, instauré dans le droit français par la loi de 1957¹²³ et accompagné d'exceptions tenant notamment à l'impossibilité pratique, dans certains cas, d'établir une assiette ayant un sens. La rémunération proportionnelle associe fondamentalement l'auteur au succès mais également à l'insuccès de son œuvre. Sans être systématiquement plus favorable économiquement à l'auteur, elle est une manifestation, inscrite dans la loi, de la conception personnaliste du droit d'auteur français. La consécration d'une rémunération forfaitaire pour la phase de la création lorsqu'elle est commandée ne doit pas faire abstraction de ce principe.

3. Le régime du contrat de commande

183. La question du régime du contrat de commande d'une œuvre dans l'hypothèse où l'on légifèrerait spécifiquement suppose de déterminer ce qu'il est possible d'inscrire dans la loi comme règles s'imposant aux parties et relevant donc de l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil (3. 1.). En ce sens le contrat de commande de l'œuvre, s'il devait être reconnu, reposerait sur des règles obligatoires qui n'existent pas dans le droit commun de la commande. Le clé de voûte du régime reposerait sur la consécration d'une rémunération spécifique (3. 2.). Enfin, il est nécessaire de s'interroger sur l'introduction d'une présomption de cession au bénéfice du donneur d'ordre (3. 3.).

3. 1. Un régime obligatoire ?

184. À supposer que l'on légifère sur un contrat de commande spécifique en cas de commande d'œuvre, qu'est-ce qui obligerait le donneur d'ordre à respecter les prescriptions de la loi ? Il pourrait avoir intérêt à ne pas s'y rattacher si le régime du contrat de commande ne présente que des contraintes. Cela peut être réglé de deux manières : soit le régime est suffisamment incitatif pour le donneur d'ordre, ce qui suppose de créer une contrepartie intéressante¹²⁴, soit le régime est obligatoire. Dans la seconde hypothèse, on en revient aux difficultés tenant à la détermination des éléments constitutifs du contrat de commande¹²⁵. Mais on gage également que le contenu du régime ainsi imposé sera âprement discuté au Parlement. Et que, en définitive, des contreparties devront être accordées aux donneurs d'ordre¹²⁶. C'est dire que les deux options portent en elles l'édification d'un régime juridique qui ne serait pas uniquement *in favorem auctoris*. Ce qui renvoie à la question du bien-fondé

¹²³ Antérieurement à la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, la forme de la rémunération ne relevait que de la liberté contractuelle.

¹²⁴ V. *infra* les développements sur la présomption de cession, n° 191 et s.

¹²⁵ V. *supra* les développements sur les éléments constitutifs, n° 167 et s.

¹²⁶ La contrepartie de la cession automatique des droits resurgit encore. Mais aussi celle de la conformité ou encore celle de l'atténuation du droit moral.

d'une intervention législative ayant trait à la commande.

3. 2. Une rémunération spécifique

185. La rémunération perçue pour la commande serait bien distincte des fruits de l'exploitation (i), ce qui soulève la question de sa nature (ii).

(i) La distinction avec la rémunération de l'exploitation

186. La première revendication des auteurs favorables au contrat de commande spécifique tient à la distinction entre la partie relative à la création (« l'amont ») et le moment d'exploitation de l'œuvre (« l'aval ») en termes de rémunération. Le contrat de commande supposerait donc non seulement d'imposer deux rémunérations mais aussi d'interdire l'imputation entre la somme perçue pendant la phase de création par l'auteur et la somme perçue au titre de l'exploitation de l'œuvre. Ainsi la somme perçue n'aurait plus la qualité d'avance sur les droits d'exploitation mais serait une véritable somme autonome de l'exploitation.

187. Par ailleurs, au-delà de l'absence d'imputation, la somme perçue pour la création serait définitivement acquise à l'auteur et ne pourrait en aucun cas être remboursée, du moins si c'est le donneur d'ordre qui refuse finalement l'œuvre et, ce, en l'absence de faute de l'auteur¹²⁷. Dans cette hypothèse, Il s'agirait d'une somme véritablement garantie à l'auteur.

(ii) La question de la nature de la somme perçue pour la création

188. Tant que la rémunération perçue par un auteur pour la création de l'œuvre n'est qu'une avance sur les droits à venir, il n'y a pas de difficulté : la rémunération a alors fondamentalement la nature de droits d'auteur (d'avance de droits d'auteur), ce qui règle automatiquement la question du point de vue social et fiscal¹²⁸. Mais si la rémunération est détachée de toute exploitation de l'œuvre comment traiter la somme d'un point de vue social et fiscal ? Il ne peut pas s'agir, en principe, d'un salaire, la commande se caractérisant par l'indépendance dont jouit le commandité, sauf à constater, de fait, un lien de subordination, ce qui permettrait de requalifier la convention en contrat de travail. La somme ne peut pas non plus être qualifiée de droits d'auteur puisque les droits d'auteur – au sens de *royalties* – ne sont que le fruit de l'exploitation de l'œuvre¹²⁹.

189. *Du point de vue social*, la somme pourrait-elle être traitée comme des revenus

¹²⁷ Non réalisation de l'œuvre ou œuvre d'une si piètre qualité qu'elle justifie un refus de la part de l'exploitant, v. *supra* sur la conformité n° 172 et s. pour ces questions.

¹²⁸ Les droits d'auteur sont traités comme des revenus artistiques. On notera également que d'un point de vue comptable, il y a une différence entre une avance qui peut être lissée et un « vrai » minimum garanti en dehors de toute avance qui ne peut alors être imputée qu'en une fois.

¹²⁹ Cette approche, déduite de l'économie du CPI, est confirmée par le droit social, notamment aux articles L. 382-4 et R. 382-17 du code de la sécurité sociale (v. spécialement art. R. 382-17, al. 5 du CSS : « pour l'application de l'alinéa précédent, on entend par droit d'auteur la rémunération au sens des articles 35 et 36 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957, afférente à la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre, et versée soit directement à l'auteur ou à ses ayants droit, soit sous forme de redevance à un tiers habilité à les recevoir »).

artistiques¹³⁰ ? À cet égard, on songe immédiatement au contenu du décret du 28 août 2020¹³¹ qui est venu donner une assise normative plus forte à des principes déjà énoncés dans une circulaire de 2011¹³². La qualification de revenus artistiques permettrait d'assujettir les sommes perçues pour la commande au même régime que les droits d'auteur *stricto sensu*. Toutefois, il semblerait que, malgré des formulations ambiguës¹³³, le décret en question ne traite pas expressément la rémunération liée à une commande d'œuvre. On pourrait envisager une intervention spécifique pour clarifier ce point.

190. *Du point de vue fiscal*, on pourrait déclarer la somme en bénéfices non commerciaux, au même titre que les autres revenus artistiques qui ne sont pas des droits d'auteur.

3. 3. Une présomption de cession au bénéfice du donneur d'ordre ?

191. La création d'un contrat de commande spécifique favorable aux auteurs suppose éventuellement de penser à des contreparties favorables au donneur d'ordre. C'est le cas par exemple du contrat de production audiovisuelle¹³⁴ et c'est également le cas dans certains régimes étrangers bien structurés qui organisent la commande¹³⁵.

192. Si les auteurs voient leur rémunération « amont » garantie ne faut-il pas prévoir une contrepartie au bénéfice des exploitants qui commandent l'œuvre ? La contrepartie consisterait à prévoir une présomption de cession des droits au bénéfice du donneur d'ordre.

¹³⁰ Les revenus artistiques sont les revenus qu'un auteur perçoit pour son activité d'auteur, à titre principal ou accessoire (art. L. 382-3 Code de la sécurité sociale). Les droits d'auteur sont rattachés aux revenus artistiques.

¹³¹ Décret n° 2020-1095 du 28 août 2020 relatif à la nature des activités et des revenus des artistes-auteurs et à la composition du conseil d'administration de tout organisme agréé prévu à l'article R. 382-2 du code de la sécurité sociale, *JORF* n° 211 du 29 août 2020. Du point de vue des revenus, le texte a cherché à consolider et simplifier la pratique des revenus accessoires, à intégrer plus de sommes dans les revenus principaux. Par ailleurs, l'article 2 du décret s'intéresse à la composition du conseil d'administration du futur organisme unique issu du rapprochement de l'Agessa et de la Maison des artistes. L'article 3 crée une sanction pour non transmission de certificat de précompte par les diffuseurs.

¹³² V. la circulaire n° DSS/5B/2011/63 du 16 février 2011 relative aux revenus tirés d'activités artistiques relevant de l'art. L 382-3 du code de la sécurité sociale et au rattachement de revenus provenant d'activités accessoires aux revenus de ces activités artistiques. La circulaire assimile les revenus tirés de l'exploitation à ceux liés à la création, entérinant ainsi une approche très large et souple des revenus qui relèvent du régime artiste auteur :

« Les revenus des artistes auteurs tirés des activités entrant dans le champ d'application du régime de sécurité sociale des artistes auteurs sont constitués par :

- les ventes d'œuvres d'art au sens de l'article 98 A II de l'annexe III du code général des impôts et de l'annexe IX, Partie A, de la directive 2006/112/CE ;

les droits d'auteur sur les œuvres relevant du champ du régime des artistes auteurs et, de façon générale, **toutes rémunérations provenant de la conception ou de la création**, de l'utilisation ou de la diffusion (exploitation) d'une œuvre » (nous soulignons).

¹³³ V. art. 1^{er}, 2^o du décret du 28 août 2020 : « Après l'article R. 382-1, sont insérés deux articles ainsi rédigés : "Art. R. 382-1-1. – Constituent des revenus tirés d'une ou plusieurs activités définies à l'article R. 382-1, en contrepartie de la **conception ou de la création**, de l'utilisation ou de la diffusion d'une œuvre [...]" » (nous soulignons). Le décret vise donc bien la *conception* et la *création* des œuvres, mais, au regard de la suite de l'article, les sommes envisagées ne sont que les revenus provenant de la vente ou la location d'exemplaires des œuvres, de la cession des droits, de bourse de recherche ou de création, de résidences, de lectures publiques, de prix ou de récompenses, de participation à l'attribution d'un prix ou d'une récompense, de la conception et l'animation d'une collection éditoriale originale.

¹³⁴ Même si la jurisprudence a limité l'intérêt de cette présomption en exigeant, même pour les contrats de production audiovisuelle, le respect des prescriptions de l'article L. 131-3 du CPI.

¹³⁵ V. *supra* les développements sur le régime camerounais, n° 126 et s.

Cela justifierait le fait d'alourdir le poids de la contribution des auteurs dans l'économie générale des contrats de commande, dans une logique proche des *works made for hire*¹³⁶. Sinon, on ne voit pas ce qui inciterait ces derniers à améliorer la situation des auteurs. Le risque est alors, soit que la création d'un contrat de commande ne change rien, du moins économiquement pour les auteurs, et que la création d'une rémunération liée à la création de l'œuvre (contrepartie de la commande) soit compensée par des droits d'auteur encore plus faibles en aval, ce qui éloigne le système des principes classiques du droit d'auteur ; soit que le donneur d'ordre cherche systématiquement à échapper au régime du contrat de commande.

193. Des interrogations se posent alors en cascade quant à la forme et l'étendue de l'attribution des droits patrimoniaux au donneur d'ordre. Attribution *ab initio* comme en matière d'œuvre collective¹³⁷ ? Dévolution légale totale comme en matière de logiciel de salariés¹³⁸ ? Présomption – simple et partielle - de cession comme en matière audiovisuelle¹³⁹ ? Pour tout le monopole d'exploitation ou seulement pour certains droits patrimoniaux ?

4. L'articulation avec certains mécanismes du droit d'auteur

194. Le principe d'indifférence d'un contrat de louage d'ouvrage (art. L. 111-1, al. 3 du CPI). Le principe d'indifférence de la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage figure dès le premier article du Code de la propriété intellectuelle. Il est énoncé de manière identique pour le contrat de travail¹⁴⁰ :

Art. L. 111-1, al. 3 du CPI : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code.* »

195. Le principe est donc que même en cas de contrat de commande, l'auteur voit sa qualité reconnue et reste titulaire des droits sur son œuvre. On peut donc considérer que cette disposition ne pose aucun problème au regard de l'éventuel projet de créer un régime spécifique du contrat de commande, sauf si celui-ci devait comporter une présomption de cession ou une cession automatique des droits au bénéfice du donneur d'ordre, auquel cas il faudrait probablement modifier cette disposition.

196. En outre, si le régime spécifique du contrat de commande devait emporter cession des droits au bénéfice du donneur d'ordre, on parviendrait au paradoxe suivant (et à l'opposé des effets recherchés) : l'auteur engagé dans un contrat de commande se trouverait moins bien traité que l'auteur salarié qui, outre son salaire, bénéficie à plein du principe d'indifférence de l'article L. 111-1, al 3 du CPI, ce qui suppose donc la conclusion d'un contrat de cession en bonne et due forme, suivant les prescriptions des dispositions de l'article L. 131-3 du CPI.

¹³⁶ V. *supra* les développements sur la pratique du contrat de commande à l'étranger, n° 83 et s.

¹³⁷ Article L.113-5 du CPI.

¹³⁸ Article L. 113-9 du CPI.

¹³⁹ Article L. 132-24 du CPI.

¹⁴⁰ Visé par le terme civiliste de « *contrat de louage de service* ».

197. Contrat de commande et droit moral. La question de l'articulation d'un régime spécifique du contrat de commande avec le droit moral renvoie notamment à la question de la conformité de l'œuvre¹⁴¹. En effet, le moment de l'examen de la conformité d'une œuvre au regard du cahier des charges qui accompagne la commande soulève spécifiquement la question du respect de l'intégrité de l'œuvre¹⁴² : dans l'hypothèse où celui qui a commandé l'œuvre considère que le résultat n'est pas conforme, peut-il demander à l'auteur de modifier l'œuvre ? Dans l'affaire *État gabonais*¹⁴³, les juges ont, à l'issue d'un raisonnement peu convaincant et critiqué par la majorité de la doctrine, considéré que l'auteur à qui une œuvre était commandée – en l'espèce un documentaire sur le Gabon – devait obéir aux impératifs de cette commande, en particulier lorsque celle-ci était faite « *à des fins publicitaires* », ce qui revenait à rechercher l'accord du cocontractant (le donneur d'ordre en l'espèce) sur la version définitive à exploiter, sans qu'il n'y ait de contradiction avec le droit moral¹⁴⁴.

198. L'exemple de la législation camerounaise atteste également du risque pour les auteurs d'une intervention législative. Dès lors que cette dernière ne se fait pas *a minima* (limitée à la seule obligation de rémunérer l'auteur pour la phase de création), les thèmes abordés, en cascade, conduisent inévitablement à s'interroger sur ce point. La solution retenue à l'article 12 §2 de la loi camerounaise du 19 décembre 2000 sur le droit d'auteur prévoyant que l'auteur « *exerce son droit moral sur l'œuvre de commande sans nuire à la jouissance des droits patrimoniaux transférés* » apparaît comme une conséquence logique¹⁴⁵ de la construction législative, soit comme une contrepartie inéluctable à la faveur faite aux créateurs sur le terrain de la rémunération. Quelle qu'en soit la raison, la solution est tout sauf favorable aux auteurs.

199. Contrat de commande et œuvre collective. Dans l'hypothèse de la création d'un régime spécifique du contrat de commande, il faudrait envisager son articulation avec le régime de l'œuvre collective qui prévoit une titularité originelle au profit du promoteur. En effet, suivant les éléments de définition retenus, le promoteur qui sollicite la contribution d'un auteur dans le cadre d'une œuvre collective pourrait tomber également sous la qualification du contrat de commande. Comment, dès lors articuler ces régimes en termes de cession de droits (ou dévolution automatique), d'obligations d'une rémunération forfaitaire, etc. ? C'est un élément à prendre en compte et il faudrait notamment songer à une hiérarchie entre les deux régimes.

¹⁴¹ V. *supra*, n° 172 et s.

¹⁴² Sur le droit de divulgation, il semblerait qu'il n'y ait pas de problème particulier. L'existence d'une commande n'empêche pas l'auteur d'exercer (négativement) son droit de divulgation : « *la conclusion d'un contrat de commande n'opère aucun abandon préalable au contractant du pouvoir de décider si et quand l'œuvre peut être rendu accessible au public* » (V. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *op. cit.*, n° 561). C'est d'ailleurs l'enseignement de l'arrêt *Whistler*, v. *supra* n° 35 et s. *Comp.* la vision de P.-Y. Gautier pour qui l'auteur qui accepte une commande exerce par avance son droit de divulgation.

¹⁴³ V. *supra* Civ. 1^{ère}, 7 avril 1987, n° 85-12101, *RIDA* 4/1987, p. 197, *D.* 1988, p. 97, 2^{ème} esp., n. Edelman, *RTD com.* 1988, p. 225, obs. Françon.

¹⁴⁴ La Cour de cassation estime dans cet arrêt (d'espèce) que le droit moral ne saurait être en cause tant que l'œuvre n'est pas encore achevée... L'auteur, par la conclusion du contrat de commande, a consenti « *par convention à limiter sa liberté de création* ».

¹⁴⁵ Voir, *supra*, n° 172 les développements sur la conformité de l'œuvre livrée.

200. Bilan ? En définitive, il apparaît qu'une intervention législative à propos de la rémunération des auteurs pour le travail de création d'une œuvre de commande, peut certes améliorer la situation des créateurs sur le plan matériel mais est aussi susceptible d'entraîner des effets défavorables à leur endroit.

201. Même envisagée *a minima* et réduite à cette seule question de rémunération, l'intervention législative est délicate puisqu'elle suppose que puisse être clairement définie la notion de commande et que soit prises en considération aussi bien les questions de frontières avec d'autres notions fondamentales que celles d'articulation avec les régimes déjà mis en place pour d'autres catégories d'œuvres.

202. Mais il est peu probable qu'une intervention législative puisse être ainsi cantonnée dès lors qu'elle bouleverserait l'économie existante de la création. Des voix s'élèveraient pour l'édification d'un régime juridique plus complet, soit par souci de cohérence, soit par recherche de contreparties, soit dans l'espoir de mise en place d'une construction incitative. Il y a tout lieu de penser, alors, que seraient mises en avant, au moins les questions logiques :

- de titularité des droits sur l'œuvre créée,
- de conformité de l'œuvre livrée (et, par voie de conséquence, de la présence d'un cahier des charges),
- de la portée réelle du droit moral.

203. On ajoutera que l'édification d'un contrat de commande ne permettrait de résoudre ni les questions de droit social, ni celle ayant trait à la nature de droit d'auteur de la rémunération versée au titre de la commande.

Il est donc possible de redouter que les auteurs ne sortent pas gagnants d'une si délicate construction législative.

En toute hypothèse, si une commande peut être identifiée, le rapport contractuel entre le donneur d'ordre et l'auteur doit relever du droit commun (contrat de louage d'ouvrage ou « contrat d'entreprise, article 1710 du Code civil), ce qui suppose, en principe, la rémunération de l'auteur en contrepartie de son obligation de faire¹⁴⁶.

Dès lors, la solution de création d'un contrat de commande pour résoudre la question de la rémunération des auteurs n'apparaît pas comme une voie judicieuse surtout si d'autres pistes, moins complexes et moins périlleuses, peuvent être explorées pour atteindre éventuellement cet objectif.

¹⁴⁶ V. *supra*, n° 26 et s.

V. Les solutions alternatives au contrat de commande

Un certain nombre de solutions ont été élaborées en concertation avec les acteurs du secteur. Seront d'abord exposés les accords et chartes existants ou en projet qui intéressent l'objet de notre Mission (1) avant de préconiser les solutions qu'il semble utile de renforcer (2).

1. Les dispositifs existants

204. Dans le secteur de l'audiovisuel. Le secteur de l'audiovisuel¹⁴⁷ est le secteur le plus riche en termes d'accords ou de chartes qui touchent à la question de la commande. Ces accords se sont développés à partir du début des années 2010 et ont été renforcés par des dispositions de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine¹⁴⁸. C'est d'ailleurs dans ce cadre qu'une mission de médiation a été confiée à Mme Mariani-Ducray en mai 2017 par la ministre de la Culture, madame Audrey Azoulay, qui a accompagné l'aboutissement des accords transparence du 6 juillet 2017, dont le contenu est particulièrement riche. La portée de ces accords est en outre assurée par la possibilité prévue à l'article L. 132-25-1 du CPI d'étendre par arrêté du ministre chargé de la culture les accords professionnels relatifs à la rémunération des auteurs ainsi que les accords traitant des pratiques contractuelles ou les usages professionnels entre auteurs et producteurs¹⁴⁹.

205. Quel est le contenu de ces accords ? Schématiquement, ils s'articulent autour de deux séries d'apports : une double clarification quant aux termes employés et aux principes relatifs à la rémunération¹⁵⁰.

- Tout d'abord les différents accords permettent de clarifier un certain nombre de termes techniques fondamentaux pour le secteur parmi lesquels : le seuil d'amortissement

¹⁴⁷ Notamment en dehors du cinéma.

¹⁴⁸ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, *JORF* du 8 juillet 2016 (« loi liberté de création »). La loi liberté de création réaffirme la nécessité de transparence dans les relations entre l'ensemble des acteurs de l'audiovisuel et pose le principe de négociations professionnelles entre les producteurs, les distributeurs, les diffuseurs et les auteurs.

¹⁴⁹ Cette faculté a été introduite dès 2006 par l'article 38 de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JORF* du 3 août 2006 (« loi DADVSI »). Le législateur a, à l'époque, ajouté un alinéa à l'article L. 132-25 du CPI. Cette disposition a été supprimée et remplacée par le nouvel article L. 132-25 du CPI par la loi liberté de création. Désormais, l'art. L. 132-25-1 du CPI dispose : « *Les accords relatifs à la rémunération des auteurs, ainsi que ceux traitant des pratiques contractuelles ou des usages professionnels entre auteurs et producteurs, conclus entre les organismes professionnels d'auteurs ou les sociétés de perception et de répartition des droits mentionnées au titre II du livre III de la présente partie, les organisations professionnelles représentatives des producteurs et, le cas échéant, les organisations représentatives d'autres secteurs d'activité peuvent être étendus à l'ensemble des intéressés par arrêté du ministre chargé de la culture.* »

¹⁵⁰ On peut souligner un effort analogue avec la Charte des bons usages entre les auteurs, les prestataires techniques et les commanditaires du doublage et du sous-titrage qui a été signée par des majors américaines en 2011 sous l'égide du CNC. Malgré l'aspect non contraignant du texte, aucun distributeur français n'a accepté de le signer. La Charte porte principalement sur les conditions de travail, les « délais raisonnables » de création attendus de la part des doubleurs et sous-titres. Elle évoque également la notion de rémunération « raisonnable » et rappelle l'importance de sa forme proportionnelle.

d'une œuvre¹⁵¹, l'obligation de recherche d'exploitation suivie¹⁵², l'assiette des recettes nettes part producteur (RNPP)¹⁵³

- Ensuite, les accords de l'audiovisuel essayent de poser un certain nombre de règles relativement à la rémunération des auteurs :
 - l'accord du 20 décembre 2012 sur les pratiques contractuelles en matière de scénario de fiction (hors cinéma)¹⁵⁴ prévoit en son article 7 que **la rémunération initiale de l'auteur¹⁵⁵ doit être constituée d'au moins 30% de « prime d'inédit »**, soit une somme non imputable, par la suite, sur la rémunération proportionnelle. Ce mécanisme a pour effet de permettre un amortissement moins étendu du minimum garanti par le producteur et, corrélativement pour l'auteur, une rémunération proportionnelle plus élevée.
 - les accords transparence du 6 juillet 2017 encadrent un certain nombre de modalités de remontées des recettes, dans le cadre des relations producteurs / distributeurs / diffuseurs¹⁵⁶ mais également dans le cadre de la relation entre producteurs et auteurs. En particulier, l'accord relatif à la transparence des relations auteurs-producteurs et à la rémunération des auteurs met en **place un mécanisme de remboursement anticipé du minimum garanti dès lors que le coût de l'œuvre est amorti.**

206. Dans le secteur de l'édition littéraire. Un accord en date du 17 mars 2012 a été conclu entre l'Association des Traducteurs Littéraires de France (ATLF) et le Syndicat National de l'Édition (SNE). L'accord évoque notamment les contraintes liées au travail de traduction (conditions de révision du manuscrit, par exemple) mais s'intéresse surtout à la rémunération des traducteurs : il prévoit les modalités de versement de l'à-valoir (à la signature, la remise et l'acceptation du manuscrit), la manière d'établir son montant (référence au feuillet, à la tranche informatique) ainsi qu'à la rémunération proportionnelle (référence à des taux avant et après amortissement).

On peut également évoquer l'accord du 29 juin 2017, signé entre le Conseil permanent des écrivains (CPE) et le Syndicat national de l'Édition (SNE). Cet accord prévoit notamment – tout en rappelant le principe d'interdiction – la possibilité pour l'éditeur de procéder à des compensations intertitres¹⁵⁷.

¹⁵¹ V. sur ce point le premier accord sur la transparence des comptes et des remontées de recettes en matière de production audiovisuelle signé le 19 février 2016 entre producteurs, diffuseur et distributeurs. Deux avenants ont été depuis établis en 2017 et 2018. L'accord est *a priori* en cours de procédure d'extension.

¹⁵² V. sur ce point l'accord du 3 octobre 2016 qui concerne les œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Cet accord a été étendu par arrêté du 7 octobre 2016.

¹⁵³ V. sur ce point les deux accords transparence du 6 juillet 2017 : l'accord professionnel sur la transparence des comptes d'exploitation des œuvres audiovisuelles (concerne les relations entre producteurs, diffuseurs et distributeurs) ainsi que l'accord relatif à la transparence des relations auteurs-producteurs et à la rémunération des auteurs (relation entre producteurs et auteurs). Ces accords sont directement le fruit de la mission Mariani-Ducray. Ils ont fait l'objet d'un arrêté d'un arrêté ministériel d'extension du 7 juillet 2017 et ont été enrichi par des avenants en date du 17 avril 2019.

¹⁵⁴ Accord étendu par décret du 6 mai 2013.

¹⁵⁵ La rémunération versée avant l'exploitation de l'œuvre.

¹⁵⁶ Accord professionnel sur la transparence des comptes d'exploitation des œuvres audiovisuelles.

¹⁵⁷ V. *supra* n° 57 pour une présentation plus précise.

207. Dans le secteur de la musique. L'édition musicale s'est dotée d'un code d'usages et des bonnes pratiques le 4 octobre 2017. Le Code d'usages définit un certain nombre de termes et de pratiques à suivre : l'exploitation permanente et suivie, les redditions de comptes, les modalités de résiliation. L'accord ne vise rien de spécifique quant à la commande, à part l'évocation d'avances récupérables. En outre, il n'est pas contraignant.

208. Bilan ? Que dire de l'ensemble de ces accords ? Bien qu'ils ne soient pas tous aussi également aboutis, ils cherchent – et parviennent – à encadrer les relations contractuelles, en complément du dispositif législatif. En outre, en définissant un certain nombre de termes, ces accords cherchent également à donner un cadre mieux déterminé aux conditions de réalisation des œuvres et à l'étendue des droits et obligations réciproques des parties aux différents stades d'achèvement de l'œuvre. Dans ce cadre, d'ailleurs, les efforts se poursuivent actuellement dans le secteur audiovisuel avec des discussions sous l'égide du CNC pour prolonger le travail de définition (notamment les différentes versions du scénario) afin de mieux encadrer les relations entre producteurs et auteurs dans la phase d'écriture¹⁵⁸. Il est également question d'étendre aux œuvres cinématographiques les principes établis dans l'audiovisuel¹⁵⁹.

En outre, les accords posent parfois certaines règles qui ont un impact direct sur la rémunération – son montant comme sa composition¹⁶⁰.

2. Les pistes à explorer¹⁶¹

209. Le rejet de l'instauration d'un contrat spécifique pour la commande d'une œuvre de l'esprit ne signifie pas que la Mission ne reconnaît pas l'existence de préoccupations légitimes de la part des auteurs, notamment pour la question du moment de la création des œuvres et la rémunération qui en découle. Il est apparu que la résolution de ces problèmes ne devait pas passer par l'instauration d'un contrat de commande, au regard des difficultés juridiques et des éventuels effets pervers qu'une telle législation pourrait induire. En revanche, le recours à des

¹⁵⁸ L'idée sous-jacente aux discussions actuelles est qu'une entente sur le glossaire a pour effet de clarifier la phase de création et les rapports entre producteurs et auteurs, le travail que le producteur peut exiger de l'auteur, l'achèvement des différentes phases d'écriture, etc.

¹⁵⁹ Les discussions sont menées sous l'égide du CNC et ont été retardées ces derniers mois en raison de la crise sanitaire. Outre les questions liées aux relations contractuelles et à la rémunération des auteurs les discussions portent également sur des enjeux relatifs au statut social des auteurs.

¹⁶⁰ On songe ici notamment aux règles d'amortissement, à la structure de la somme amont prévue dans l'audiovisuel et à celle imposant de ne plus récupérer le minimum garanti en cas d'amortissement de l'œuvre.

¹⁶¹ Un certain nombre des revendications soulevées lors des auditions nous semblent certes légitimes mais ne pas relever du champ de la propriété littéraire et artistique et en particulier de cette Mission. Parmi celles-ci, la question du traitement social des auteurs. Ces derniers ont pu soulever des questions, déjà traitées par le rapport Racine, quant à un problème d'accès réel aux droits sociaux et à la perception concrète de ces droits : couverture chômage, maladie, congé maternité... Les institutions en charge de ces questions doivent améliorer la prise en charge de ces questions, sachant qu'il s'agit pour une grande part, plus d'un problème de mise en œuvre de principes par ailleurs déjà actés dans la loi.

négociations collectives semble être une bonne solution¹⁶² pour établir un certain nombre de bonnes pratiques (2. 1.), l'ensemble pouvant être accompagné de quelques autres mesures (2. 2.).

2. 1. Proposition principale : Favoriser la conclusion d'accords collectifs

210. La voie recommandée est donc celle, plus souple, plus consensuelle, mieux adaptée et plus évolutive, du recours à des accords collectifs en présence de la commande d'une œuvre de l'esprit. Ces accords sont le fruit, comme leur nom l'indique, de négociations collectives entre parties intéressées et représentatives à propos desquelles plusieurs questions peuvent se poser.

- Quel serait l'objet de ces négociations collectives ?
- Qui en prendrait l'initiative ?
- Entre qui les négociations doivent-elles se tenir ?
- Doivent-elles être générales ou menées selon les secteurs concernés ?
- Quelle portée pour le résultat de ces négociations ?

211. Chacune de ces interrogations pose la question de la place de l'autorité publique. Car si les négociations doivent réunir les différentes parties concernées – donneurs d'ordre, d'une part, auteurs, d'autre part, et éventuellement exploitants, d'une troisième part, lorsque ces derniers ne sont pas les donneurs d'ordre – il est loisible de se demander si, pour en faciliter la tenue et en favoriser le succès, elles ne doivent pas être menées sous l'autorité de personnes désignées par l'État.

212. Se pose également la question de leur mise en œuvre quand bien même l'initiative devrait revenir aux acteurs du secteur. Le code de la propriété intellectuelle doit-il en faire mention pour inciter – voire contraindre – à la tenue de pareilles négociations collectives ? Le fruit de cette négociation collective – spontanée ou provoquée par l'État – peut-il être étendu à l'ensemble du secteur concerné et être rendu obligatoire ? L'État peut-il intervenir en cas d'échec de ces négociations ?

(i) Recours à la négociation collective

213. Champ des accords collectifs. Le champ de la négociation collective est celui pour lequel il existe une demande de certains des acteurs du secteur culturel pour laquelle la loi – trop générale et abstraite – ne peut pas prévoir de réglementation précise de manière efficace. Il est celui également des questions qui sont susceptibles de recevoir des réponses différentes suivant les évolutions techniques, économiques ou sociales.

¹⁶² Comp. le point de vue similaire de la mission flash Bois Le Grip sur le statut des auteurs. Les conclusions de cette mission ont été rendues le 8 juillet 2020. Sans trancher définitivement sur l'opportunité de créer un contrat de commande spécifique pour les œuvres, la Mission flash se dit très réservée, pour la raison principale qu'il leur semble difficile voire dangereux de chercher à évaluer le temps de la création. La mission flash souligne par ailleurs le développement des codes des usages et de bonnes pratiques dans le secteur culturel et semble encourager ce genre d'initiative, avant d'élever d'éventuelles solutions dans la loi.

214. Pour l'heure, s'agissant des difficultés existantes en matière de commande, les points sur lesquels l'attention peut être attirée sont principalement :

- la recherche d'un consensus sur les différentes étapes d'élaboration de l'œuvre (écriture ou autre : délais ou les conditions de réalisation)¹⁶³
- des accords sur la ventilation de la rémunération, avec éventuellement l'instauration d'un principe de rémunération autonome pour la phase d'élaboration de l'œuvre,
Il s'agit là de la revendication principale des auteurs. Selon leur vœu, cette (première, chronologiquement) rémunération serait non imputable sur la partie liée à l'exploitation ; il s'agit de sanctuariser la somme perçue pour la création avec une interdiction de l'imputer sur les sommes liées à l'exploitation. Les modalités précises de cette organisation pourraient être négociées par secteur, au regard de la spécificité de chacun¹⁶⁴ et de leur caractère réaliste au regard des contraintes économiques ou matérielles.
- la question relative à des négociations sur des *minima* de rémunération pourrait également être envisagée mais avec prudence¹⁶⁵
- pourrait être étudié, pour certains secteurs et notamment celui de l'audiovisuel, un pourcentage minimal de dépenses pour l'écriture¹⁶⁶.

215. L'intérêt des échanges ainsi provoqués est bien évidemment d'apprécier le bien-fondé des demandes comme le caractère réaliste de leur satisfaction. Le but n'est pas d'imposer mais de rechercher le meilleur équilibre possible dans un écosystème déterminé.

216. Nombre de questions juridiques sont naturellement soustraites des négociations collectives. Ne seraient concernées ni la question d'un éventuel transfert automatique des droits patrimoniaux ni celle d'éventuels aménagements au droit moral. Il ne s'agit pas de réformer les principes fondamentaux mais de faire évoluer la pratique. La rédaction de clauses

¹⁶³ Un certain nombre d'organisations d'auteurs considèrent que la question des étapes d'écriture et des calendriers de paiement sont cruciaux. Par exemple, dans le cinéma, les scénaristes voient souvent le paiement de leurs droits conditionnés à la mise en production du film. Il pourrait être envisagé de mettre en place des mécanismes qui, sans être inscrits dans la loi, permettent d'inciter à mieux traiter les auteurs en phase d'écriture : en matière de cinéma, on peut jouer sur l'agrément, par exemple, et refuser ce dernier si au minimum la moitié de l'à-valoir n'a pas encore été versé aux scénaristes. Ce mécanisme valorise la phase d'écriture. En outre, on pourrait imaginer qu'une fois le film amorti, la rémunération des auteurs – et surtout du scénariste – puisse être complétée. L'idée générale est de plus relier la rémunération du scénariste avec le budget du film, ce qui n'est pas du tout le cas à l'heure actuelle.

¹⁶⁴ Comme on a pu le constater, il existe des secteurs dans lesquels cette question ne fait aucune difficulté : ce sont ceux pour lesquels les personnes qui payent pour la phase de création sont distinctes de celles qui vont répartir les sommes liées à l'exploitation. V. *supra* la partie sur la pratique de la commande n° 48 et s. Les réflexions pourraient s'inspirer de certains exemples étrangers qui ont trouvé des solutions parfois très pragmatiques. Par exemple, en Allemagne pour l'édition littéraire, la reddition de compte ne se fait pas de manière périodique mais à partir d'un seuil de vente minimal de livres (1000). En outre, les négociations collectives ont abouti à des documents cadre dont le contenu est riche mais sans grande portée en raison du caractère non obligatoire des négociations collectives, v. *supra* n° 122.

¹⁶⁵ De tels accords seraient éventuellement susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition des ententes (art. 101, §1 TFUE), à moins de considérer qu'ils s'agissent d'accords collectifs de travail, que la jurisprudence place en dehors du champ des articles 101 et 102 TFUE, sachant que, dans la jurisprudence européenne, la notion de « travailleur » et donc d'accords collectifs de travail est appréciée de manière bien plus souple qu'en droit interne qui, lui, suppose la démonstration stricte d'un lien de subordination.

¹⁶⁶ V. à ce sujet l'étude de la SACD et du CNC qui dénonce un faible poids, en France, des dépenses d'écriture, dans le budget global des projets audiovisuels.

types, le recueil d'usages, voire l'édification de nouvelles pratiques vertueuses seraient l'objet de ces négociations.

217. Les accords relatifs à la transparence dans l'audiovisuel du 6 juillet 2017¹⁶⁷, sans constituer un modèle absolu, semble pouvoir être une source d'inspiration féconde.

218. Initiative du recours à la négociation collective. La loi pourrait prévoir le principe du recours à la négociation collective, les secteurs concernés pouvant être ultérieurement déterminés par l'autorité publique en discussion avec des organismes représentatifs.

219. Siège de la disposition légale. Se pose alors la question de la rédaction et de la place de la disposition légale destinée à la mettre en œuvre. Cela pourrait être :

- soit dans un alinéa nouveau de l'article L 111-1 du code de la propriété intellectuelle ;
- soit dans une disposition nouvelle, générale, au sein du chapitre I du titre 3 du livre premier du code de la propriété intellectuelle qui comporte les principes généraux applicables à tous les contrats ayant trait au droit d'auteur (art. L. 131-1 et s.) ;
- soit, au sein de ce *corpus*, dans l'article ayant trait à la rémunération.

Cette dernière solution a toutefois l'inconvénient de ne pas permettre d'aborder certaines des questions relatives au *modus operandi* de la réalisation de l'œuvre commandée. Pareillement, il ne paraît pas heureux de ne songer qu'à une insertion dans le droit spécial du seul contrat d'édition (section 1 du chapitre 2 du titre 3 : articles L. 132-1 et s. du CPI).

220. Mise en œuvre sectorielle. La création d'un principe de recherche d'accords collectifs dans une disposition générale ne signifie pas pour autant une mise en œuvre transversale, tous secteurs confondus. Le but de la construction étant au contraire de laisser place à une construction répondant au mieux aux difficultés particulières d'un secteur sans en imposer les effets à d'autres domaines pour lesquels la solution serait malvenue.

221. Exemples existants. Des exemples, de recours à des accords collectifs par renvoi exprès du législateur existent déjà en droit français. Ainsi :

En matière audiovisuelle, l'article L 132-25-I CPI dispose :

« Les accords relatifs à la rémunération des auteurs, ainsi que ceux traitant des pratiques contractuelles ou des usages professionnels entre auteurs et producteurs, conclus entre les organismes professionnels d'auteurs ou les sociétés de perception et de répartition des droits mentionnées au titre II du livre III de la présente partie, les organisations professionnelles représentatives des producteurs et, le cas échéant, les organisations représentatives d'autres secteurs d'activité peuvent être étendus à l'ensemble des intéressés par arrêté du ministre chargé de la culture ».

222. On trouve également un mécanisme proche de celui-ci à l'article L. 132-17-8 CPI en matière de contrat d'édition littéraire. Selon ce texte :

¹⁶⁷ V. *supra* n° 204 et s.

« I. Lorsque les organisations professionnelles représentatives des auteurs et des éditeurs du secteur du livre concluent un accord portant sur toutes les dispositions mentionnées au II, cet accord peut être rendu obligatoire à l'ensemble des auteurs et des éditeurs de ce secteur par arrêté du ministre chargé de la culture. (souligné par nous)

II. L'accord mentionné au I fixe les modalités d'application des dispositions :

1° Relatives aux conditions de cession des droits d'exploitation de l'édition numérique d'un livre ;

2° Du deuxième alinéa de l'article L. 132-11 lorsqu'elles s'appliquent à l'édition d'un livre sous une forme numérique ;

3° De l'article L. 132-17-2 relatives à l'exploitation permanente et suivie d'un livre édité sous une forme imprimée et sous une forme numérique ;

4° De l'article L. 132-17-3 relatives à la reddition des comptes afin de préciser la forme de cette reddition, les règles applicables au versement des droits à l'auteur ainsi que les modalités d'information de celui-ci ;

5° Du II de l'article L. 132-17-4 relatives aux dérogations à certaines modalités de résiliation du contrat d'édition d'un livre ;

6° De l'article L. 132-17-5 relatives à la réalisation de l'édition d'un livre sous une forme numérique ;

7° De l'article L. 132-17-6 relatives au calcul de la rémunération de l'auteur provenant de la commercialisation et de la diffusion d'un livre édité sous une forme numérique, en l'absence de prix de vente à l'unité ;

8° De l'article L. 132-17-7 relatives au réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'exploitation d'un livre sous forme numérique, notamment la périodicité de ce réexamen, son objet et son régime ainsi que les modalités de règlement des différends ;

9° De l'article L. 132-17-3-1 relatives au délai de paiement des droits et aux dérogations contractuelles à ce délai.

III. En l'absence d'un accord rendu obligatoire en vertu du I, les modalités d'application mentionnées au II sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Lorsqu'un accord est conclu après l'édiction de ce décret, les dispositions de celui-ci cessent de produire leurs effets à la date de l'entrée en vigueur de l'arrêté rendant obligatoire l'accord à l'ensemble des auteurs et des éditeurs du secteur du livre.

Le ministre chargé de la culture peut mettre fin au caractère obligatoire de l'accord pour l'ensemble des auteurs et des éditeurs du secteur du livre, en raison d'un changement dans les circonstances de fait ou de droit ou pour un motif d'intérêt général. »

(ii) Portée normative des accords collectifs

223. Force obligatoire. Le champ matériel de pareil accord est naturellement cantonné au secteur pour lequel il a été négocié. La force normative des solutions retenues par l'accord est plus sujette à discussion. Ainsi, dans les États qui encouragent la négociation collective, par exemple pour établir le caractère équitable de la rémunération due, les accords ont essentiellement une vertu incitative mais non une force obligatoire¹⁶⁸.

224. Il est toutefois possible de conférer cette caractéristique à un accord dès lors que la loi prévoit qu'il est loisible au ministre chargé de la culture de prendre un arrêté d'extension. Tel est le cas du mécanisme déjà prévu pour l'audiovisuel, à l'article L. 132-25-1 du CPI¹⁶⁹.

225. Mécanisme proche. On trouve également un mécanisme proche de celui-ci à l'article L. 132-17-8 CPI en matière de contrat d'édition littéraire :

« Lorsque les organisations professionnelles représentatives des auteurs et des éditeurs du secteur du livre concluent un accord portant sur toutes les dispositions mentionnées au II, cet accord peut être rendu obligatoire à l'ensemble des auteurs et des éditeurs de ce secteur par arrêté du ministre chargé de la culture. » (souligné par nous)

226. Mais, naturellement, l'extension des effets de cet accord collectif à des auteurs ou des exploitants non signataires ne peut être réalisée que si les négociateurs qui l'ont établi peuvent être regardés comme « représentatifs » dans leur secteur.

(iii) Place des pouvoirs publics

227. Élaboration des textes. Le rôle de l'État est assurément fondamental pour la mise en œuvre de pareil processus. Il conviendrait ainsi que le Ministère de la culture se charge, en amont, de l'élaboration de textes de Loi (projet de loi) – prévoyant le recours en certaines hypothèses à ces accords collectifs – pour les soumettre ensuite au Parlement.

228. Encadrement des négociations. Il serait utile également que l'État soit présent pour la mise en place des négociations, par exemple en les abritant ou en désignant un médiateur chargé de faciliter la négociation. De pareilles solutions existent déjà, par exemple au CNC. D'autres lieux pourraient être aussi désignés, voire créés. Mais en tout état de cause certains services ou institutions existants pourraient être sollicités (DGMI, DGCA, CSPLA...), D'autres, pourraient éventuellement voir leur champ d'intervention s'élargir¹⁷⁰.

¹⁶⁸ V. *supra*, n° 118 et s. (étude de droit comparé, droit allemand).

¹⁶⁹ V. *supra* n° 221 : « Les accords relatifs à la rémunération des auteurs, ainsi que ceux traitant des pratiques contractuelles ou des usages professionnels entre auteurs et producteurs, conclus entre les organismes professionnels d'auteurs ou les sociétés de perception et de répartition des droits mentionnées au titre II du livre III de la présente partie, les organisations professionnelles représentatives des producteurs et, le cas échéant, les organisations représentatives d'autres secteurs d'activité peuvent être étendus à l'ensemble des intéressés par arrêté du ministre chargé de la culture » (souligné par nous).

¹⁷⁰ Médiateur du Livre dont l'action serait élargie aux auteurs ? Centre national de la musique ?

229. Extension des accords et pouvoir de fixation des modalités attendues. Au-delà du pouvoir d'extension de l'accord, déjà envisagé¹⁷¹, l'intervention de l'État pourrait être plus importante. Ainsi, dans l'hypothèse d'un échec des négociations, la loi pourrait prévoir un relai des pouvoirs publics, qui interviendraient alors par le biais d'un décret en Conseil d'État. L'idée est déjà présente à l'article L132-17-8 CPI¹⁷² à propos du renouvellement de l'Accord qui lie les éditeurs et les auteurs.

Un mécanisme reposant sur le même principe est actuellement envisagé en matière de chronologie des médias selon un mécanisme à double détente¹⁷³ :

- le pouvoir réglementaire fixe, par décret, la durée maximum des négociations
- en cas de constat d'échec des négociations dans le délai, il peut lui-même fixer les fenêtres de diffusion des œuvres.

La question de l'échec des négociations dû au refus de discuter sérieusement la conclusion d'accords professionnels sur les relations contractuelles et la rémunération des auteurs pourrait conduire à l'adoption – mesurée – de pareille solution.

(iv) Préalable possible

230. Réunions préparatoires. La mise en œuvre de ces diverses propositions devrait être précédée de quelques réunions, tenues sous l'autorité de l'État, destinées à cerner plus précisément les réalités du terrain et les besoins existants. Le présent rapport a dressé un certain nombre de constats mais dans un temps contraint et à la suite d'auditions qui n'étaient ni contradictoires ni consensuelles. Il ne pouvait, en outre, rentrer dans les détails qu'une analyse plus sectorielle et approfondie pourrait permettre de mieux cerner.

231. Ces réunions préparatoires pourraient permettre, par exemple :

- de réunir les différentes acceptions aujourd'hui retenues de la notion de commande afin de tenter d'en retenir une approche commune (sans pour autant devoir entrer dans le degré de précision qu'exigerait une intervention législative) ;
- de déterminer les secteurs dans lesquels la commande est majoritairement pratiquée ;
- de faire émerger les pratiques régulières dans ces secteurs ;
- de déterminer parmi ces derniers ceux qui nécessitent une amélioration de la situation des auteurs ;
- d'identifier les contraintes existantes ainsi que les bénéfices ou inconvénients d'une possible intervention ;
- de proposer des axes d'interventions.

232. C'est ensuite, dans les champs ainsi déterminés, que les négociations collectives pourraient se tenir en vue de la recherche de solutions les plus proches possibles des

¹⁷¹ V. *supra* n° 224.

¹⁷² « III. En l'absence d'un accord rendu obligatoire en vertu du I, les modalités d'application mentionnées au II sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

¹⁷³ V. l'amendement adopté le 7 octobre 2020, dans le cadre du projet de loi DDADUE (projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du Droit de l'Union européenne en matière économique et financière).

contraintes et possibilités.

233. Synthèse. Pour résumer, la loi pourrait prévoir :

- le principe de la négociation d'accords collectifs pour organiser dans certains secteurs la phase de création des œuvres (organisation des modalités de la création et principes de rémunérations), négociations enfermées dans un certain délai fixé par un décret en Conseil d'État
- le principe d'un arrêté d'extension en cas d'aboutissement des accords collectifs
- le principe d'un relai du Gouvernement en cas d'échec des négociations (décret en Conseil d'État); l'habilitation serait temporaire jusqu'à l'aboutissement des négociations

2. 2. Mesures complémentaires

(i) Création d'un observatoire des pratiques contractuelles

234. Institutions et mécanismes de transparence. Il est apparu à la Mission qu'il manquait, pour certains secteurs, une vision claire et transparente des données notamment en matière de rémunération, ainsi que, plus généralement des pratiques contractuelles. Pour l'audiovisuel l'Observatoire permanent des contrats de l'audiovisuel (OPCA), créé en 2008 par la SACD, joue bien ce rôle¹⁷⁴. Il apparaît que l'équivalent dans le secteur de l'édition littéraire et éventuellement dans d'autres secteurs – arts graphiques et plastiques – pourrait être très avantageux.

Ces observatoires pourraient en outre être chargés du suivi des accords collectifs.

235. Saisine des tribunaux par le Ministère de la Culture ? On pourrait également réfléchir à des mécanismes instaurant plus de loyauté et de transparence dans les relations contractuelles, en octroyant au Ministre de la Culture un pouvoir de saisine des tribunaux, à l'instar de ce qui se pratique en matière de pratiques restrictives de concurrence : le Ministre en charge de l'économie peut introduire une action autonome devant les tribunaux pour dénoncer des pratiques contractuelles contraires aux dispositions du Code de commerce et notamment celles qui tendent à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations

¹⁷⁴ V. l'étude « L'écriture des films et des séries en France » menée par le CNC et la SACD en avril 2019 et disponible sur le site de la SACD (https://www.sacd.fr/sites/default/files/etude_cnc_sacd_ecriture_films_et_series_tv_2019_04_09.pdf). L'étude apporte plusieurs enseignements :

- Constat d'un poids faible de l'auteur dans le budget d'une œuvre, en moyenne : au cinéma, les rémunérations des scénaristes sont en moyenne de 3% du budget de production et dans les séries de 52 minutes, de près de 4% du coût de production.
- Le versement des rémunérations des scénaristes est bien souvent tardive : en cinéma, les scénaristes touchent jusqu'à un tiers de leur rémunération à la fin du travail d'écriture, soit près de 2 ans après le début du projet.
- La rémunération complémentaire reste très rare pour les scénaristes de séries, faible pour les scénaristes de cinéma

des parties¹⁷⁵. La compétence du Ministre en la matière permet de dépasser les réticences des parties à dénoncer elles-mêmes le contenu d'un un contrat auquel elles sont tenu.

(ii) Création d'un fonds d'aide en faveur des auteurs en cas de défaillance d'un éditeur

236. Le SNE réfléchit à la création d'un fonds de dotation qui pourrait agir dès lors qu'un éditeur est en liquidation judiciaire. Ce fonds serait doté par les éditeurs ainsi que par des fonds irrépatriables qui seraient affectés à cet usage. L'initiative mériterait d'être suivie, notamment dans le souci de venir en aide à des auteurs, généralement perdus, en dépit de solutions particulières, en pareille situation.

¹⁷⁵ V. art. L. 442-4 C. Com.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
SYNTHÈSE.....	5
INTRODUCTION.....	9
I. Le contrat de commande : présentation générale	12
1. Le constat d'une parcimonie législative.....	12
2. Les apports du droit civil.....	14
3. Les œuvres réalisées dans le cadre d'une commande	17
II. La pratique du contrat de commande dans les différents secteurs	20
1. La commande dans l'édition littéraire.....	21
2. La commande dans le secteur musical	24
3. La commande dans l'audiovisuel.....	26
3. 1. La commande dans le cinéma	27
3. 2. La commande des œuvres audiovisuelles <i>stricto sensu</i>	27
3. 3. La commande d'œuvres radiophoniques.....	28
3. 4. La commande du doublage et sous-titrage.....	28
4. La commande dans les arts photographiques, graphiques et plastiques	29
5. La commande dans le secteur du jeu.....	30
III. L'opportunité d'une intervention.....	32
1. L'absence de modèle étranger.....	32
2. Les avantages et les inconvénients envisagés de l'édification d'un régime juridique au contrat de commande en France	42
2. 1. Avantages recherchés	42
2. 2. Risques probables.....	44
IV. Les difficultés juridiques identifiées.....	50
1. La place du contrat de commande.....	50
2. La définition du contrat de commande d'une œuvre.....	50
2. 1. La question du champ du contrat de commande	51
2. 2. Les éléments constitutifs du contrat de commande d'une œuvre.....	52
(i) L'objet du contrat : la commande d'une œuvre par autrui.....	52
(ii) La réalisation de l'œuvre en toute indépendance.....	53
(iii) La contrepartie de la commande : le paiement d'un prix.....	55
3. Le régime du contrat de commande	57
3. 1. Un régime obligatoire ?.....	57
3. 2. Une rémunération spécifique	58
(i) La distinction avec la rémunération de l'exploitation.....	58
(ii) La question de la nature de la somme perçue pour la création	58
3. 3. Une présomption de cession au bénéfice du donneur d'ordre ?.....	59
4. L'articulation avec certains mécanismes du droit d'auteur.....	60
V. Les solutions alternatives au contrat de commande.....	63
1. Les dispositifs existants.....	63
2. Les pistes à explorer	65
2. 1. Proposition principale : Favoriser la conclusion d'accords collectifs.....	66

(i) Recours à la négociation collective.....	66
(ii) Portée normative des accords collectifs.....	70
(iii) Place des pouvoirs publics.....	70
(iv) Préalable possible.....	71
2. 2. Mesures complémentaires.....	72
(i) Création d'un observatoire des pratiques contractuelles.....	72
(ii) Création d'un fonds d'aide en faveur des auteurs en cas de défaillance d'un éditeur.....	73