

L'auteur futur actionnaire de la société de l'information

Florence-Marie Piriou*

1. Introduction	831
2. Patrimonialisation des droits d'auteur des salariés par une personne morale	839
3. La participation de l'auteur salarié ou indépendant aux résultats de l'entreprise	842
4. L'«apport en société» des droits d'auteur du créateur salarié	844
5. Prémices d'une thèse en faveur de l'apport des droits des créateurs salariés en société	846
6. L'auteur associé d'une société d'auteur	848
7. «Socialisation» du droit d'auteur par le système des licences légales	853
8. Conclusion.	854

© Florence-Marie Piriou, 2002.

* Docteur en droit, Responsable juridique de la Société des Gens de Lettres de France, et de la SOFIA (Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit). Cet article reflète la seule opinion de l'auteure et n'engage que sa seule responsabilité.

1. Introduction

Sur l'initiative du ministère de la Culture, plusieurs travaux concernant l'adaptation de la loi du 11 mars 1957 ont été entrepris en France, en juillet 2001, sous l'égide du Conseil Supérieur de la Propriété Intellectuelle¹. Ce conseil est chargé de mener une réflexion sur le droit d'auteur et d'éclairer toutes les évolutions nécessaires de la propriété intellectuelle pour faire face à la mutation numérique qui bouleverserait les intérêts économiques, industriels et financiers². La titularité des droits d'auteur par une personne morale à titre originaire est, en effet, exclue du droit français. Le créateur est un travailleur peu ordinaire. Il conserve, en effet, son indépendance juridique en vertu du principe fondateur de la loi posé par l'article L. 111-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel *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 aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er}*.

Cette simple phrase caractérise «l'exception française». Le droit de propriété naît, en premier lieu, sur le chef du créateur car c'est lui qui, par son empreinte personnelle et originale, fait œuvre de création. La seule exception admise par la loi française, en faveur des personnes morales, est le cas de l'œuvre collective. Il s'agit d'une œuvre, rappelons-le, réalisée sur l'initiative d'une personne morale qui en dirige la conception et dans laquelle les diverses contributions des auteurs participant à son élaboration se fondent dans un ensemble sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct. L'entreprise agit là en quelque sorte comme promoteur de l'œuvre, la loi le charge de la divulguer, de l'éditer et de la publier sous son nom et sous sa direction. Cette qualification d'œuvre collec-

1. Arrêté le 10 juillet 2000 portant création du Conseil supérieur de la propriété intellectuelle et artistique (C.S.P.L.A.), J.O., 19 sept. 2000, p. 14634.

2. Le gouvernement Jospin a souhaité entreprendre la révision de la loi sur la création salariée et celle des agents publics. Cette démarche est née des conclusions, du Rapport du député Patrick Bloche, *Le Désir de France*, en 1999 et du Rapport du Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, publié en 1998 à La Documentation Française, ce dernier mettant l'accent sur les difficultés rencontrées par les entreprises pour faire face à la société de l'information.

tive fut conçue, à l'origine, pour les dictionnaires et fut également étendue aux encyclopédies. Appliquée très largement par les juges, durant les années 70 et 80, aux créations réalisées par des équipes de créateurs, cette qualification fut dénoncée par les auteurs salariés car elle conduisait à nier leur statut d'auteur en évitant de leur attribuer des droits proportionnels sur leurs créations réputées comme trop difficiles à gérer. La Cour de Cassation en vint, dès lors, à appliquer strictement l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle en exigeant un contrat de cession de droit comportant une rémunération distincte du salaire³.

Cependant, l'absence d'un régime juridique facilitant le transfert des droits aux employeurs est revenue au devant de la scène à l'occasion de la mise en ligne des journaux. De nombreux procès⁴ ont eu lieu dans le domaine de la presse opposant les journalistes à leurs employeurs. Les juges contournèrent la qualification d'œuvre collective invoquée par ces derniers pour ne pas régler de droits supplémentaires dus aux auteurs et dont les articles se trouvaient accessibles sur le site du journal: ils l'écartèrent, tout simplement⁵.

Une recherche de solution conforme à la logique économique s'imposerait donc pour beaucoup de chefs d'entreprise dans des domaines des «arts mineurs» ou de la presse pour mettre fin à une situation peu claire. Les éditeurs de bases de données et leurs organisations professionnelles ont tenté, en vain, d'obtenir du Parlement français qu'il soit prévu, dans la loi de transposition de la directive européenne⁶, un système de dévolution des droits du créateur salarié à la personne morale. Ces entreprises avaient avancé comme arguments la difficulté de dissocier la base de données du logiciel, le risque de décourager l'embauche de salariés, l'impossibilité d'inscrire les bases de données dans les actifs des entreprises et la menace

3. Jurisprudence constante depuis plus de 10 ans de la Cour de Cassation. Cass. 1^{re} Civ., 16 déc. 1992: RIDA, avril 1993, p. 193, note P.Sirinelli.

4. Voir les décisions sur <www.snj.fr>.

5. Cour d'appel de Lyon (1^{re} ch.), 9 déc. 1999, *SA groupe Progrès c. Syndicat national des journalistes*, *Légipresse* n° 168, janv.-fév. 2000, III, 7, commentaire Maître Nicolas Brault.

6. La directive du Parlement européen et du Conseil n° 96/9 du 11 mars 1996 prévoit, à l'article 4 en substance, que la qualité d'auteur d'une base de données est la personne physique ayant créé la base ou, lorsque la législation interne l'autorise, la personne morale considérée comme étant le titulaire du droit. Le Parlement européen avait pourtant essayé de proposer un amendement pour reconnaître la qualité d'auteur à la personne qui prend l'initiative et la responsabilité de la constitution de la base. L'article 4-2 précise que si les œuvres collectives sont reconnues par la loi interne, les droits patrimoniaux sont détenus par la personne investie du droit d'auteur (JOCE, 27 mars 1996).

de délocalisation des entreprises à l'étranger⁷. L'environnement numérique devrait, pour le professeur André Lucas, compte tenu du phénomène d'industrialisation qui l'accompagne, augmenter les problèmes d'application des règles d'interprétation strictes du droit d'auteur car *on sait en effet que les œuvres qui voyageront sur les autoroutes de l'information seront de plus en plus créées au sein d'entreprises, avec des moyens considérables nécessitant des investissements importants*⁸.

Les éditeurs d'œuvres multimédia ont donc été amenés à appliquer les solutions juridiques qu'ils pensaient leur être favorables, comme la notion d'œuvre collective ou encore la qualification de logiciel. La titularité *ab initio* des droits présenterait pour certains secteurs d'activités regroupant des équipes de créateurs une solution plus adaptée aux marchés et à la circulation des œuvres. Or, comme le remarquent les professeurs Pierre Sirinelli et Jane Ginsburg⁹, les difficultés sont du même ordre dans le système français que dans le système américain à propos des œuvres collectives qui excluent l'exploitation séparée et imposent, en outre, pour les œuvres de commandes américaines la rédaction d'un écrit¹⁰. Aussi, en raison de cette insécurité juridique, certains entrepreneurs de presse et éditeurs d'œuvres multimédia souhaitent une adaptation profonde du droit d'auteur aux besoins de l'entreprise qui doit gérer la propriété intellectuelle de ses créateurs salariés.

Actuellement, le Conseil Supérieur de la propriété intellectuelle mis en place par le ministère de la Culture français afin d'aménager des règles légales de dévolution des droits des créateurs salariés au profit de l'entreprise a déjà émis un avis défavorable aux agents de la fonction publique en adoptant la cession légale des droits des agents de la fonction publique à l'État. Les travaux de cette commission s'orientent vers un très large fléchissement des règles actuelles. Certaines solutions ne pourront pas être abordées par ce Conseil qui n'est pas si représentatif du monde de l'industrie

7. Voir *Protection des bases de données, pas de dévolution des droits à l'employeur, Expertise*, avril 1998. Il est précisé dans cette note d'actualité que le rapporteur Gouze, dans son rapport, précisait qu'une modification du projet de loi n'est pas nécessaire puisque les instruments juridiques existants permettent de satisfaire les préoccupations des partisans de la dévolution du droit d'auteur à l'employeur. Il visait le régime des œuvres collectives.

8. André Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 88.

9. Jane Ginsburg et Pierre Sirinelli, *Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia. Analyse des droits français et américains*, JCP 1996, Doct. n° 3904, p. 67.

10. Voir l'affaire *Tasini c. New York Times*.

des arts appliqués, ni même celui de la mode. Les journalistes sont sans doute les seuls à être présents et à défendre leur acquis recherché par les accords d'entreprises récemment signés par certains patrons de presse avec les syndicats. Y siègent, bien entendu, les sociétés d'auteurs mais, souvent, elles représentent des auteurs indépendants ou lorsqu'ils sont salariés, par exemple, d'une production audiovisuelle, la loi française les protège en imposant la qualification d'œuvre audiovisuelle et en y aménageant des présomptions de cession dans le cadre de relations contractuelles, les préservant ainsi du spectre d'un «film copyright».

Dans notre thèse¹¹ comparant la titularité des droits des personnes morales américaines ou françaises, nous sommes arrivée à la conclusion, après avoir comparé les techniques juridiques de la fiction permettant à l'employeur de bénéficier d'un transfert de droit et d'acquérir une qualité d'auteur apparente, qu'il serait nécessaire, dans l'intérêt de l'entreprise et du créateur, de prévoir un système de «patrimonialisation» des droits.

Cette «patrimonialisation» régulariserait dans un nouveau dispositif légal le transfert des droits du créateur au sein du patrimoine de l'entreprise et ce, d'une manière pérenne. Cette solution permettrait de préserver les droits du créateur sur son œuvre et de limiter une transformation du droit d'auteur au profit de la titularité originaires des personnes morales, laquelle n'est pas souhaitable car elle déplace l'objet de protection vers l'entreprise et crée une zone de création sans prises avec les muses et souvent éloignée des «canons de la beauté».

On aurait pu choisir de déplacer la protection vers les investissements et instaurer un droit *sui generis* à l'instar de ce qui a été mis en place en Europe pour la protection des bases de données ou du droit voisin pour les entreprises de communications audiovisuelles et des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes. La loi du 3 juillet 1985 a adapté le droit de l'auteur aux industries culturelles et le rapport de M. Richard¹² a exposé très clairement cette évolution du droit d'auteur: *cette reconnaissance de la dimension de l'entreprise débouche sur la pleine reconnaissance législative de la fonction de producteur qui est la transcription, dans le domaine de la création, de la fonction d'entrepreneur*. Nous n'aborderons pas le droit voisin qui

11. Voir notre thèse, *Personne morale et droit d'auteur en France et aux États-Unis*, Paris II, 2001, p. 373.

12. J.O. db. Ass. nat., séances des 28 et 29 juin 1984, p. 3822, 2^e col.

a permis de prendre en compte les intérêts des auxiliaires de la création et des artistes interprètes pour protéger leurs apports financiers ou intellectuels.

Cependant, une extension du droit privatif à de nouveaux acteurs de la création n'est pas sans incidence, comme le remarque le professeur Pollaud-Dulian¹³, *une telle conception paraît dangereuse car elle conduit à approprier toute espèce d'investissement immatériel et à ignorer les conditions traditionnelles de la reconnaissance des droits intellectuels, les frontières de ces droits et à éroder le domaine public*. À trop vouloir protéger des investissements autres que la création ou les inventions, cela nous amène, comme nous le constatons actuellement en France, à affaiblir la protection de l'auteur et à rendre plus difficile sa légitimité auprès des utilisateurs. La protection des œuvres est souvent réclamée par les cessionnaires, c'est-à-dire par des entreprises à dimension parfois multinationales, ce qui est mal perçu par le public.

Les revendications des entreprises culturelles ont en partie provoqué cette contestation de la légitimité du droit d'auteur. Ainsi, la volonté de substituer à la notion de droit d'auteur un droit purement financier dans les accords de l'AMI en 1998, de manière à en acquérir plus aisément la propriété, a faussé le débat. C'est, tant au sein de l'Union européenne¹⁴, qu'au sein des instances internationales (OCDE, OMPI), que les personnes morales, éditeurs ou producteurs appuient la thèse d'un droit purement économique pour encourager la diffusion des œuvres et faciliter l'échange des droits sans recourir à l'agrément de l'auteur.

Rappelons que le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adopté à Genève en décembre 1996¹⁵, mettait l'accent dans son préambule sur la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des

13. Frédéric Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchretien, 1999, p. 5, n° 11.

14. Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information présentée par la Commission conformément à l'article 250, § 2 du traité CE le 25 mai 1999. J.O., C, 108 du 7 avril 1998, adoptée le 10 avril 2001. p. 6, *Légipresse*, n° 164, IV-95. Le considérant 9 de la directive précise qu'*une protection juridique suffisante des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement*. On remarquera qu'aucun considérant ne souligne l'aspect du droit moral du créateur.

15. Traité de l'OMPI adopté à Genève le 20 décembre 1996 par la conférence diplomatique, *Code de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2^e éd., 2000, p. 567, voir commentaire d'André Françon, RIDA, avril 1997.

auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information. De même, la Directive européenne sur les aspects du droit d'auteur dans la société de l'information¹⁶ montre un droit d'auteur qui s'affaiblit face à l'intérêt général. Dans le cadre du marché mondial du commerce, où se joue actuellement la diversité des modes d'exploitation par les moyens des réseaux d'information et de communication, les intérêts purement financiers ont donc tendance à s'affirmer au-delà des intérêts individuels propres aux créateurs.

De plus, dans cette société de l'information, il sera de plus en plus difficile de trouver des contreparties pour les auteurs en raison de cette nouvelle donne. Seuls les fournisseurs d'accès et les opérateurs de télécommunication tirent encore aujourd'hui les fruits d'exploitation de ces nouveaux services, dans la mesure où les particuliers sont obligés de s'abonner afin d'accéder aux réseaux. Ces entrepreneurs, comme les fournisseurs de matériel informatique ou de supports permettant l'enregistrement des œuvres, bénéficieront indirectement des pratiques du copiage permises par ces nouvelles technologies.

Le système du droit d'auteur, confronté à cette convergence des entreprises culturelles vers les nouvelles technologies, est ainsi menacé dans son existence propre¹⁷ car il ne permet plus aux auteurs, ni bientôt à leurs ayants droit, de bénéficier directement des fruits de leur travail et de tirer parti d'un droit exclusif. Les formes de diffusion des œuvres se sont déplacées vers d'autres intérêts et, en somme, vers d'autres entreprises culturelles (bibliothèques, musées...).

Un récent rapport concernant *la diffusion numérique du patrimoine*¹⁸ demandé par le ministère de la Culture envisage cette mutation de l'accès aux œuvres sous l'angle de l'information et de

16. Voir Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 10 avril 2001.

17. M^e Cohen-Tanugi écrit à ce propos que *l'exploitation des œuvres dans l'univers numérique tend à multiplier les cas de titularité sur la tête des personnes morales, les rémunérations au forfait, le recours quasi obligé à la gestion collective des droits et l'atténuation des prérogatives morales des auteurs. Tout cela demeure dans les cadres formels du droit d'auteur, mais emprunte de plus en plus au système du copyright, mieux adapté à une exploitation économique complexe*, dans *Le Nouvel Ordre numérique*, Odile Jacob, 1999, p. 198.

18. Rapport de Bruno Ory-Lavollée, *La diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle*, janvier 2002.

l'éducation. Aussi, incite-t-il à la connaissance par la numérisation des œuvres ou des catalogues des bibliothèques. La mouvance politique actuelle a pour objectif la création d'un espace numérique culturel gratuit. Pour ce faire, ce rapport souligne la nécessité de simplifier la gestion et l'apurement des droits pour les éditeurs et recommande la mise en place d'un guichet unique. Cette unicité de gestion serait en effet souhaitable pour réguler le montant global des droits qui, sinon, dépasse le budget du producteur des bases de données (c'est-à-dire celui de l'institution qui, bien souvent, oublie que les créateurs ont aussi droit d'être rémunérés pour la reproduction ou la représentation de leurs œuvres).

La création d'un portail culturel francophone ouvert à des contenus gratuits est sous-tendue par la pensée qu'Internet ne cède pas à une logique marchande qui se traduirait par des inégalités d'accès. Cette gratuité des contenus culturels suppose que l'usage des œuvres par le destinataire se fasse uniquement dans un but privé et non commercial. Or, fort heureusement, pour ce type d'usage, la Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information a admis l'existence de compensations légales palliant l'absence de rémunération. En France, la loi du 17 juillet 2001 vient d'élargir ce droit à rémunération pour copie privée au profit des auteurs de l'écrit et d'œuvres plastiques en modifiant la loi du 3 juillet 1985 relatif au régime de la rémunération pour copie privée sonore et audiovisuelle. Les auteurs, artistes interprètes et producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes étaient déjà bénéficiaires de redevances sur les ventes de Cd-rom et de cassettes vierges. Aussi, trouvera-t-on des contreparties à des usages difficilement contrôlables de copies instantanées faites par les particuliers au moyen des nouvelles technologies et permettant la création de bibliothèques personnelles multimédia au détriment de l'achat d'ouvrages dans les réseaux commerciaux traditionnels.

Si bien qu'à l'aube du XXI^e siècle, déjà caractérisé par cet essor fulgurant de la numérisation des œuvres permettant une communication globale, l'orientation politique culturelle française est de mettre en place un accès gratuit à la culture, ce qui implique la simplification des autorisations par la centralisation des systèmes de gestion. Cette idée a conduit naturellement le Gouvernement à poser la question d'une simplification de l'exercice des droits par les entreprises sur les créations réalisées par ses salariés. Ainsi, la notion d'un *copyright* unique au profit des grandes entités juridiques multimédia leur serait certainement favorable pour rechercher l'équilibre d'un marché ouvert à la gratuité des uns, et la nécessité de rentabili-

ser les investissements et les coûts de la création des autres. Nous retrouvons donc cette préoccupation de l'unité de gestion des droits auprès des sociétés d'auteurs, avec la notion de «guichet unique». Si bien que l'auteur en tant qu'individu est presque obligé, afin de suivre cette mutation numérique, de se tourner vers les structures sociales, personnes morales, pour se charger de l'administration des droits appelés à être négociés par les tiers pour la diffusion ou la communication publique de ses créations.

Les entreprises ne sont pas toujours prêtes à signer avec leurs salariés des actes de cession des droits sur les œuvres réalisées dans le cadre de leur mission. Or, l'apport créatif à une société en terme de patrimoine aura une durée parfois plus importante que la durée du contrat de travail du créateur. Seuls les financiers retireront leur épingle du jeu de la valeur ajoutée apportée par les créateurs, laquelle fait la richesse d'une marque et son attrait pour d'éventuels acquéreurs. Cette possible réforme législative française¹⁹ sur la question de la titularité des droits des entreprises n'est pas sans incidences sur le statut d'auteur en général. Aujourd'hui, la réflexion s'est orientée vers un assouplissement de la règle d'interdiction globale de cession de droits sur des œuvres futures (article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle). Mais cela ne résout pas la contradiction qui existe entre les droits des créateurs et ceux des personnes morales, leurs entreprises. Demain, il n'est pas improbable qu'à un moment ou un autre le législateur français n'adopte, comme cela existe déjà dans d'autres pays, des présomptions légales de cession de tous les droits au profit des entreprises²⁰.

La question se pose de savoir si le droit français, dernier rempart d'une conception indépendante des auteurs en Europe, ne serait pas en passe de basculer vers le régime du copyright et de devenir comparable à un droit d'auteur économique²¹ en vue de répondre au

19. Philippe Gaudrat, «La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création», rapport présenté par Gilles Verken dans la revue *Communication Commerce électronique*, n° 1 – janvier 2002, p. 19.

20. L'article L.113-9 du C.P.I. entraîne au profit de l'employeur la dévolution des droits du logiciel réalisé par un salarié, à l'exception de certains droits moraux comme le droit de divulgation, voir notre article, «Le droit moral à l'épreuve des relations auteurs/personnes morales», dans *RIDA*, n°190, octobre 2001, p. 190.

21. Dans le même sens, le professeur André Lucas qui écrit *la solution de soumettre les œuvres multimédia y compris les œuvres audiovisuelles au statut de l'œuvre collective ne défie pas la logique mais alignerait le droit français sur le système du «film copyright», reddition tout à fait inopportune et d'ailleurs non réclamée par l'industrie cinématographique*, dans *Droit d'auteur et numérique*, p. 101, n° 208.

souhait des entreprises d'adapter le droit d'auteur à une certaine modernité?

Or, si jamais le créateur devait faire apport de ses droits à l'entreprise, nous pensons qu'il serait préférable qu'il le fasse en échange d'un statut d'associé de la personne morale qui l'emploie. Cette solution permettrait à la fois pour l'entreprise d'être cessionnaire de ses apports en droits d'auteur sur ses œuvres, et pour le créateur de bénéficier d'une juste rémunération tout en ayant la maîtrise de la direction artistique ou culturelle de l'entreprise.

2. Patrimonialisation des droits d'auteur des salariés par une personne morale

Partant de la nature mobilière de la propriété incorporelle, il serait possible d'envisager la «patrimonialisation» ou capitalisation des droits du créateur au sein de la société ou de l'entreprise qui exploite ses œuvres. L'apport de droits intellectuels évalués par un commissaire aux comptes peut constituer une part du capital de la société. Cette solution a été implicitement reconnue par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation à propos des droits d'auteur sur une photographie réalisée par un associé d'une société constituée en SARL. La Cour a reconnu que la société devenait titulaire des droits de son associé²² en raison des liens sociaux qui rattachaient le créateur à la société. Le professeur Lucas, citant cet arrêt, faisait remarquer les dangers d'une telle cession implicite des droits «car la logique économique qui la sous-tend pourrait tout aussi bien être invoquée dans le cadre des rapports entre associé et société, et même au-delà du contrat de commande»²³.

Il convient en effet d'éviter des cessions automatiques des droits d'un associé à son entreprise. Seul un contrat d'apport pourrait organiser la cession des droits d'un auteur au capital d'une société. L'auteur disposerait ainsi des droits de vote au sein des conseils d'administration, ce qui est légitime puisque la société prospère grâce à lui et à son esprit. Leurs parts seraient alors fondées sur le transfert de leurs droits dans le patrimoine de la société. Cette solution d'associer le créateur au financier peut paraître excessive, voire utopiste, mais elle trouve déjà certaines applications quand

22. Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 12 juillet 1989, Arrêt n 1046, Juris-Data, n° 002545.

23. André Huguet, *L'Ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, thèse, LGDJ, Paris 1961.

les dirigeants, les cadres et les employés reçoivent actions et *stock-options* comme elle en trouve déjà, dans une certaine mesure, dans les sociétés d'auteurs.

En vertu du système de protection française, l'auteur demeure toujours attaché aux bénéfices générés par l'exploitation de son œuvre, ayant, en outre, la faculté d'adhérer à des sociétés d'auteurs pour percevoir ses droits. C'est suivant cette idée de participation de l'auteur au bénéfice de son œuvre que nous élaborerons une conception patrimoniale du droit de l'auteur salarié.

La loi française du 11 mars 1957 *n'est pas une loi sacrifiant les intérêts fort légitimes des intermédiaires entre l'auteur et le public*²⁴, mais on ne peut pas dire non plus qu'elle soit entièrement favorable aux créateurs. Il existe en effet certains mécanismes juridiques, comme la présomption de cession des droits au producteur, le droit de préférence, l'œuvre collective ou la dévolution des droits d'un logiciel à l'employeur. Ces dispositions, que nous ne développerons pas ici dans le détail, comportent des effets juridiques qui, dans une certaine mesure, consolident la «patrimonialisation» des droits par l'entreprise.

Or, selon le droit d'auteur français, le créateur a la possibilité de conserver la maîtrise de sa propriété intellectuelle même, et surtout, si elle participe au développement de l'entreprise et à son enrichissement. Le créateur apporte une valeur ajoutée à un «produit» ou une information, ce qui va conférer l'originalité et l'image de la marque portée par l'entreprise à l'égard de sa clientèle. L'entreprise ira même parfois, comme c'est le cas dans la mode, à s'approprier le nom du créateur, allant jusqu'à le dépersonnaliser pour en faire le «label» ou la marque de la société²⁵.

La création artistique, pour une société, constitue un capital-risque assez important compte tenu de l'équilibre fragile institué par la loi du 11 mars 1957 pour la conservation des droits et leur valorisation auprès d'autres sociétés qui seraient tentées de racheter l'entreprise. Il en est ainsi à propos de l'acquisition des droits patrimoniaux portant sur des œuvres de commande ou réalisées par des salariés. Leur exploitation exige le respect par l'entreprise des règles posées pour le transfert des droits (article L.131-3 du CPI) et la

24. Voir Cass. Com 5 janvier 1988, «Balmain», JCP G, 1988.IV.258; Bull.Civ.IV, reconnaissant des utilisations limitées du nom du créateur de mode.

25. Article 1832 du Code civil.

rémunération du créateur. Pour l'ensemble des entreprises, constituer un portefeuille de droits sur une ou des créations représente à la fois un investissement, sur un bien matériel ou immatériel, et également des rétributions parfois non négligeables pour leurs créateurs.

Rappelons qu'en France, une société est instituée par l'accord de deux ou plusieurs personnes qui, *conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*. Quatre éléments sont nécessaires à l'existence d'une société: la mise en commun d'apports par chaque associé, la vocation aux résultats, le partage des pertes et le fait que les associés aient l'intention de se traiter à égalité dans la construction de cette entreprise dite *affectio societatis*.

Or, pour chaque cession de droits portant sur une œuvre, l'article L. 131-4 du CPI pose le principe que l'auteur doit être rémunéré selon la règle de «la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de son œuvre». La rémunération de l'auteur doit tenir compte des ressources commerciales tirées de l'exploitation, comme le précise d'ailleurs l'article 14 du projet de loi sur la société de l'information. Certains juristes proposent, lorsque la recette d'exploitation de l'œuvre n'est pas affectée à un «produit» déterminé, comme c'est le cas en matière de création d'entreprise, de prévoir que l'assiette du droit repose sur le chiffre d'affaires ou, encore, sur la marge réalisée. Une analyse sociale de l'acte de cession pourrait être envisagée en un apport au capital d'une société.

M. Pierre Noguier²⁶ écrit dans sa thèse qu'il n'y a pas de conflit entre le droit des sociétés et le droit à rémunération proportionnelle. Il précise qu'*au cas où l'auteur fait apport en société de ses droits d'exploitation, la règle de rémunération proportionnelle aux recettes d'exploitation peut constituer une règle spéciale de participation aux bénéfices en faveur de l'auteur*. Il serait, dans ce cas, nécessaire de trouver les éléments qui constituent les sociétés comme l'intéressement aux bénéfices (qui résulterait d'une participation aux recettes d'exploitation et aux pertes) et l'élément de nature psychologique, c'est-à-dire, l'*affectio societatis* se traduisant, selon la doctrine dominante, par la volonté de tous les associés à collaborer ensemble sur un pied d'égalité. Dans ce cas, l'auteur participerait aux pertes de l'exploitation et aux frais de diffusion proportionnellement à la part

26. Pierre Noguier, *La Rémunération de l'auteur*, thèse, Paris, 1992, p. 142.

qu'il a apportée dans la société si cette dernière prévoit un régime juridique de responsabilité limitée aux apports des associés.

Dans la négociation collective des droits d'auteur par les syndicats représentant des auteurs salariés, il fut question de consentir à l'exercice des droits par l'entreprise en échange d'une participation du créateur aux résultats de l'entreprise.

3. La participation de l'auteur salarié ou indépendant aux résultats de l'entreprise

Les conventions collectives conclues par des syndicats d'auteurs sont un procédé traditionnel²⁷ et sont pratiquées dans plusieurs pays²⁸. Les articles L. 411-1 à L. 411-17 du Code du travail autorisent, en effet, les syndicats professionnels²⁹ ou organisations professionnelles à représenter les auteurs salariés en vue de négocier des accords collectifs cadres pour prévoir les conditions d'utilisation des œuvres par l'entreprise³⁰. Ces conventions ont vocation de prévoir l'ensemble des conditions de travail, des garanties sociales, de rémunération (art. L. 132-1 du Code du travail) et peuvent constituer des caisses de retraite complémentaires, d'assurance-chômage et de formation continue. Le secteur de l'audiovisuel recourt généralement à des accords collectifs par branches³¹. Les entreprises de communications audiovisuelles ont, avec les syndicats, négocié des accords d'entreprises pour les réalisateurs de manière à fixer les conditions générales de transfert et d'exploitation des droits audiovisuels suivant lesquelles les œuvres peuvent être utilisées³².

27. Les sociétés d'auteurs sont très souvent nées de syndicats ou d'associations (exemple de la SGDL) apparus au XIX^e siècle.

28. Carmita Rodrigues, *Protection des auteurs et artistes interprètes par les conventions collectives conclues par des associations ou syndicats d'auteurs et d'artistes*, Rapport général ALAI, Montebello 14/18 sept. 1997, *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 841.

29. Les syndicats ont le droit d'ester en justice pour défendre les intérêts de la profession qu'ils représentent. Art. L. 411-11 du Code du travail.

30. Pierre Chesnais, Rapport français, en réponse au questionnaire de Carmita Rodrigues, *Historique, typologie, objet, importance et mise en œuvre des conventions collectives négociées par des associations ou syndicats d'auteurs et d'artistes interprètes*. ALAI, Montebello 14/18 sept. 1997, *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 919.

31. Liste des conventions collectives dans le rapport de Pierre Chesnais, *op. cit.*, p. 926.

32. Accord d'entreprise des réalisateurs de TF1. Outre les conditions d'engagement, cet accord précise les pourcentages minima pour chaque mode d'exploitation de l'émission. Le réalisateur est défini comme un professionnel auquel la société confie la mission de créer la forme télévisuelle d'un projet d'émission, à

Cette pratique s'est également étendue aux entreprises de presse³³ afin de mettre un terme aux conflits survenus à l'occasion de la diffusion en ligne du journal. Les syndicats de journalistes ont passé des accords avec certains éditeurs de presse pour prévoir les conditions de cession et de rémunération secondaire des droits des journalistes lorsque les œuvres sont exploitées par le journal sur Internet³⁴. Cependant la portée de ces accords est restreinte car, comme le remarque M^{me} Carmita Rodrigues dans son rapport général sur ces accords collectifs, *il est essentiel de relever qu'en signant ces accords ou conventions collectives, les syndicats d'auteurs salariés (ou artistes interprètes) n'exercent pas leur droit d'autoriser. [...] Chaque auteur en signant son contrat individuel avec le producteur ou l'entrepreneur, exerce son droit d'autoriser et ne peut accepter des conditions moins favorables que celles prévues par l'accord collectif. Il ne peut qu'obtenir des conditions plus avantageuses.*

Cette solution qui a trouvé un bon accueil auprès de certaines entreprises³⁵ de presse. Dans le droit social, communément appliqué aux salariés, les articles L. 442-1 à L. 442-17 du Code du travail orga-

l'aide des moyens qu'elle met temporairement à sa disposition. Dans l'accomplissement de cette mission, le réalisateur apporte ses connaissances professionnelles, sa personnalité et l'expression de son talent.

33. Pierre-Yves Gautier, dans son article «Le Combat du multimédia entre journalistes et entreprise de presse: KO et chaos», *Légipresse*, juin 1999, LP n° 162, III, p. 83, est favorable à ce que les journalistes et les entreprises s'entendent par voie d'accords collectifs, locaux ou nationaux.
34. Comme avec leurs représentants pour l'exploitation électronique du journal. Exemple de l'accord cadre sur les droits d'auteur dans la presse quotidienne régionale du 8 novembre 1999 passé entre les représentants des éditeurs de presse régionale (SPQR) et les syndicats des journalistes (FO, CFDT, CGC, CFTC). Il s'agit d'un accord très particulier puisque les éditeurs et les journalistes reconnaissent que le journal est une œuvre collective et que l'exploitation en ligne du fonds éditorial ne constitue pas une publication différente du journal et, à ce titre, ne justifie pas d'accord exprès avec l'auteur. Toutefois, les éditeurs acceptent que cette exploitation relève de l'accord cadre qui prévoit les modalités d'exploitation des fonds éditoriaux au regard du droit moral; des droits patrimoniaux, des règles sociales et des dispositions concernant les rémunérations supplémentaires des journalistes. *Légipresse*, déc. 1999, LP, n° 167; IV 150.
35. Accord entre les Éditions des Dernières Nouvelles d'Alsace (DNA) et le SILAC-CFDT, SNJ et FO, *Légipresse*, juin 1998, LP, IV-63. Cet accord cadre couvre l'ensemble des journalistes salariés ou indépendants concourant par leurs articles ou autres à la publication et pour une durée d'un an. La rémunération prévue est de 8 % de la recette brute pour la consultation payée du journal en ligne et produits dérivés (archives...) et de 10 % de la marge nette dégagée par l'activité lorsque le journal ou les produits sont d'accès gratuit. Il existe pour les journalistes permanents un forfait annuel de 200 F. Le journal procède à la répartition des droits.

nisent le régime de participation aux résultats de l'entreprise³⁶. Certaines d'entre elles y sont obligatoirement assujetties dès lors qu'elles ont atteint cinquante salariés. Pour un chiffre inférieur à cinquante, l'assujettissement est volontaire. Un accord entre les salariés et l'entreprise prévoit donc un droit personnel sur une part de la réserve de participation. Ces sommes sont libérées suivant certaines conditions. Ces fonds peuvent également être placés sur des marchés financiers ou être consacrés à des investissements pour le développement de l'entreprise.

Une autre solution, comme la participation au capital³⁷, pourrait également constituer une forme de rémunération possible de l'apport intellectuel des créateurs salariés. Introduit en France en 1970, ce régime s'inspire du modèle américain des «stocks option plans» qui permet à l'ensemble du personnel d'acquérir des actions existantes ou de souscrire à des actions à émettre pour un prix fixé pendant la durée de l'option. La plus-value peut ainsi être réalisée en cas de levée d'option dans l'hypothèse d'une hausse. Enfin, une autre forme de capitalisation possible, suivant l'ordonnance du 21 octobre 1986, serait l'instauration du système de plan d'épargne d'entreprise, ouvert aux salariés qui peuvent, avec l'aide de leur société, créer un portefeuille de valeurs mobilières. Ces derniers accords prennent une tournure plus dynamique en associant véritablement le créateur au développement de la société. Une solution plus proche du droit des sociétés pourrait être envisagée pour l'auteur employé et consister à ce qu'il fasse apport de ses droits d'auteur à sa société.

4. L'«apport en société» des droits d'auteur du créateur salarié

L'«apport en société» est, en principe, *le contrat par lequel un associé met en société des biens ou valeurs en contrepartie de droits sociaux*³⁸. Le droit d'auteur de l'employé pourrait faire l'objet d'un

36. L'ordonnance du 7 janvier 1967 sur la participation, remplacée par l'ordonnance du 21 octobre 1986 (modifiée le 7 novembre 1990 et le 25 juillet 1994) relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés. Voir Maurice Cozian, Alain Vianier, *Droit des sociétés*, 10^e éd., Litec, 1997, p. 336, et Francis Lefebvre, *Mémento fiscal*, Éditions Sociales, Participation et intéressement des salariés, n° 6950, 1998, p. 787.

37. Deux régimes existent depuis la loi du 18 juin 1987: les options de souscription ou d'achat d'actions, et les plans épargne d'entreprise, articles L. 208-1 à 208-2.

38. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de Gérard Cornu, PUD, 1998, p. 62.

apport au même titre que le brevet en raison de sa nature de bien incorporel. Il serait préférable pour l'entreprise que cet apport puisse être en propriété pour éviter les désagréments futurs d'un éventuel retrait dans le cas d'un apport en jouissance du droit à la société³⁹. La question délicate à régler est d'évaluer cet apport⁴⁰. Il conviendrait que cette attribution des droits intervienne de manière successive à chaque fois que les œuvres sont réalisées et commercialisées, ceci pour éviter des apports fictifs⁴¹. En contrepartie de ces apports de droits, l'auteur salarié pourrait recevoir, en plus de son salaire, une rémunération complémentaire sur la base d'une participation proportionnelle au chiffre d'affaires de l'entreprise, qui pourrait être évaluée au prorata de ses contributions et des gains apportés à l'entreprise pour la vente de ces «produits». Dans le but d'assurer l'unité de gestion des droits des créateurs salariés au sein de l'entreprise, nous pensons que leurs apports en société⁴² pourraient concilier les intérêts des personnes morales et ceux des auteurs.

Il est juste de considérer que le créateur employé puisse ainsi bénéficier d'une récompense en vertu des droits exclusifs concédés à sa société mais que celle-ci soit durable et proportionnelle aux résultats de l'entreprise. Le droit d'auteur n'est pas le fruit d'un travail mais de l'esprit et résulte d'une attribution légale à son auteur. En conséquence, les règles du droit du travail ne devraient pas régir les relations de l'employé créateur avec l'employeur pour régler la cession du droit.

Cette distinction faite, la propriété octroyée à l'auteur par le législateur confère des droits privatifs sur l'œuvre à la fois lors de sa première exploitation mais aussi pour toutes les formes dérivées, adaptations ou autres modes de diffusion mis en œuvre par l'entreprise ou par des tiers autorisés. L'exploitation de ces droits apporte une valeur patrimoniale à l'entreprise, même si d'autres facteurs participent aux résultats comme la collaboration d'autres employés,

39. Pour cette distinction nous renvoyons au manuel du *Droit des sociétés* par Maurice Cozian et Alain Viandier, 10^e éd., Litec, 1997, p. 64, n^{os} 164 à 172.

40. Suivant la nature de la Société comme pour les SARL et les SA, la désignation d'un commissaire aux apports est obligatoire pour éviter les majorations frauduleuses du capital (art. 80 et 84 pour les sociétés anonymes loi du 24 juillet 1966).

41. Civ. 11 avril 1927: DP, 1929, I, 25, note de Pic, la Cour considérant qu'*est fictif l'apport d'un bien grevé d'un passif supérieur à sa valeur réelle*.

42. Suivant la définition donnée dans le *Vocabulaire juridique* dirigé par M. Gérard Cornu, *l'apport en société est un bien ou valeur que chaque associé met en société et en contrepartie desquels des parts sociales ou des actions lui sont remises ou attribuées*, Association Henri Capitant, 7^e éd., Paris, PUF, 1998, p. 62.

de financiers, l'adaptation de l'infrastructure sociale, du marketing, de l'image de marque ou de la présence du réseau de distribution. Parfois, le nom même du créateur devient un élément de l'actif du patrimoine social et rehausse la réputation de l'entreprise.

5. Prémices d'une thèse en faveur de l'apport des droits des créateurs salariés en société

Le professeur Antoon Quaadvlig⁴³, doyen de la faculté de droit de l'université catholique de Nimègue aux Pays-Bas, exposait également cette thèse, dans cette revue. Soulignant la différence entre le fruit du travail résultant du contrat de travail et celui procédant de l'exploitation des droits, personne ne conteste que le premier appartienne à l'employeur alors qu'en revanche le droit intellectuel revient en principe à *l'auctor intellectualis*. Bien qu'étant dans un système néerlandais favorisant la cession automatique des droits à l'employeur, faute de stipulations contraires dans le contrat de travail, et donc d'un régime proche de la doctrine américaine du *work made for hire*, ce professeur voudrait que l'employé reçoive une incitation pécuniaire: *elle forme une correction équitable quand le travail intellectuel a été moins facilité par l'employeur et davantage poursuivi par les propres initiatives de l'employé. Pourquoi ne pas dire que le droit intellectuel revient à l'entreprise comme un apport en société au titre d'une disposition dans la loi*⁴⁴?

N'entrant pas davantage dans les détails du droit des sociétés sur la nature des apports, le professeur Antoon Quaadvlig précise toutefois que la contrepartie devrait être proportionnelle à son apport et au succès commercial de la création. Il fait d'ailleurs remarquer que l'auteur apporte parfois d'autres éléments rattachés à sa personnalité, tels que son nom ou sa réputation, qui favorisent la notoriété du produit car au nom sont associés la qualité ou le prestige du produit. Il est intéressant de noter que ce professeur préconise un «apport obligatoire des droits» plutôt qu'une cession automatique dans le contrat de travail car, selon lui, *ceci répondra mieux à la finalité de la propriété intellectuelle de réaliser une incitation à l'innovation en accordant une rétribution pécuniaire reliée au succès commercial de l'invention ou de l'œuvre*⁴⁵. Nous pensons également

43. Antoon Quaadvlig, «Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de propriété intellectuelle et le droit des sociétés», (1999) 11 *C.P.I.* 729, à la page 740.

44. *Op. cit.*, p. 747.

45. *Op. cit.*, p. 748.

que cette forme d'apport en société des droits du créateur salarié à l'employeur serait une solution satisfaisante sur le plan juridique dans la mesure où le risque financier de l'auteur est limité à ses apports. En outre, avec ce système d'apports sociaux, l'auteur va pouvoir conserver après son départ, ou ses héritiers après son décès, la propriété de ses parts. La mise en commun des apports de droits intellectuels pourrait très bien être organisée par l'entreprise dans une structure de société de gestion ou de portefeuille indépendante de manière à distinguer les produits des redevances résultant des cessions de l'activité commerciale proprement dite.

Étendre la notion d'apport en société des droits du créateur salarié permettrait de maintenir dans le patrimoine de l'entreprise les droits intellectuels des auteurs au même titre que des valeurs mobilières. Aussi s'agirait-il d'appliquer le droit des sociétés mais peut-être serait-il nécessaire de conserver aux auteurs de l'entreprise un droit de préemption et de reprise de leurs apports en cas de liquidation totale de la société⁴⁶, voire introduire un système d'apport des droits sur le modèle des sociétés de perception, où les droits ne sont pas compris dans le capital de la société et dont les apports sont plus proches de cession de créance⁴⁷. Outre le fait qu'une telle solution devrait faire l'objet d'aménagement juridique, il y a aussi un aspect sociologique ou politique qui serait remis en question: du côté de l'auteur, il pourrait enfin espérer «entreprendre» et participer activement aux organes de direction, conseil d'administration ou directoires. Mais d'un autre côté, certains auteurs ou hommes d'affaires pourraient trouver la solution hasardeuse en raison de la réputation de piètres gestionnaires qu'ont les auteurs. Toutefois, cette construction juridique aurait le mérite de présenter un droit d'auteur moderne et proche d'une réalité économique et correspondre à la nature incorporelle du droit d'auteur. Le seul obstacle pour l'entreprise serait le droit moral du créateur qui pourrait cons-

46. Il n'est pas souhaitable que l'entreprise soit liquidée avec des actifs de l'auteur, c'est-à-dire les droits sur ses œuvres, ou bien qu'il participe aux pertes de la société. Aussi, un système sur le modèle des sociétés d'auteur pourrait éviter la banqueroute des auteurs sur leurs droits.

47. Analyse qui se dégage d'une décision du Tribunal de Grande Instance d'Avignon le 9 juin 1999 à propos d'un avis à tiers détenteur notifié par le Trésor à la Sacem pour recevoir le paiement d'impôt dû par un auteur dans son Attendu: «que cette adhésion avait pour effet le transfert des droits à la Sacem [...] et ce transfert de droits s'opérera en vertu de dispositions statutaires de la Société non par voie d'apport mais sur le fondement d'une cession à titre onéreux comportant une contrepartie même si celle-ci était indéterminée.», *RIDA*, n° 184, p. 386, note d'André Kéréver qui rappelle les autres décisions qui ont écarté cette qualification d'apport au sens de l'article 1832 du Code civil, *loc. cit.*, p. 327.

tituer une «menace» pour l'adaptation des produits ou des œuvres. Cependant, la structure collégiale des sociétés permet, en principe, de résoudre ces conflits et à défaut, l'on sait que l'absence d'*affectio societatis* peut constituer une cause de départ de l'associé ou encore la fin de la personnalité morale.

6. L'auteur associé d'une société d'auteur

D'autres formes «d'apport en société» plus traditionnelles permettent la protection des intérêts de l'auteur, il s'agit des sociétés civiles de perception et de répartition des droits. L'auteur indépendant ne peut assurer seul la défense de ses intérêts quand bien même il en confierait la gestion «individuelle» à un cessionnaire car le droit d'auteur est, dans certains cas, sujet à une certaine forme de collectivisation en vertu des utilisations massives des œuvres. M. Jean-Loup Tournier⁴⁸ estime que *la seule forme de gestion individuelle est la gestion collective professionnelle: la gestion individuelle, gérée par un commerçant qui se substitue à l'auteur n'est pas de la gestion individuelle. C'est de la gestion commerciale substituée.*

Il devient donc de plus en plus nécessaire de recourir à un organisme professionnel pour représenter et défendre les intérêts patrimoniaux de ses membres. En effet, les exigences de la gestion des droits d'auteur commandent toujours de recourir plus aux sociétés d'auteurs. Le professeur Alain Strowel⁴⁹ rappelle que *la gestion collective des intérêts devient la seule efficace à partir du moment où, d'une part, l'extension des modes d'exploitation et de diffusion des œuvres fait qu'il est matériellement impossible pour les auteurs de percevoir les sommes qui leur sont dues et où, d'autre part, la multiplicité des ayants droit rend très complexe la gestion des droits par les utilisateurs.*

Le statut de sociétés civiles d'auteur offre une autre forme de patrimonialisation des droits, mais elle ne partage pas les mêmes finalités que celles des entrepreneurs, ni les inconvénients en cas de faillite puisque les pertes sont limitées au montant des apports financiers des auteurs. Il ne s'agit pas pour les auteurs de faire apport de leur droit d'auteur dans le capital de la société civile mais seulement d'adhérer en souscrivant un droit d'entrée qui constitue cet apport numéraire nécessaire à leur qualité d'associé. Distinctes,

48. Jean-Loup Tournier, «L'avenir des sociétés d'auteurs», (1996) 170 *RIDA* 107.

49. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, p. 280.

par leur vocation de gestionnaire de droits, ces personnes morales offrent ainsi l'avantage de concilier le statut de personne morale avec le droit d'auteur. Les statuts de ces sociétés d'auteurs sont rédigés de manière à écarter de la formation du capital social les apports de droits d'auteur sur les œuvres afin d'éviter, en cas de dissolution ou de faillite, l'apurement du passif social par le répertoire de la société⁵⁰. Il ne peut donc s'agir de véritables apports de droits au sens social du terme⁵¹.

La jurisprudence⁵² analyse la nature des apports comme des mandats et est assez récalcitrante à donner les effets juridiques d'une cession lorsqu'il s'agit d'apport en propriété⁵³, bien que la première chambre civile de la Cour de cassation⁵⁴ ait reconnu en 1988 à la Sacem que *l'apport de ses adhérents, même non incorporé à son capital, s'analysait en une cession*. Un autre arrêt de la Cour de cassation⁵⁵ est venu confirmer cette analyse et reconnaissant dans l'un de ses attendus, que *les auteurs et les éditeurs bien qu'ayant adhéré à la Sacem n'en conservaient pas moins l'exercice de leurs droits sur*

50. Exemple de la Spadem, société d'auteur qui a fait faillite.

51. La jurisprudence l'analyse comme une cession de créance et non comme un apport en société cf. TGI Avignon 9 juin 1999, *Allibert c. Sacem et Trésorerie d'Avignon*, (2000) 184 RIDA 386 et Trib. Com. Paris 15 déc. 1998, RIDA, avril 1999, p. 416, Cour d'appel, Paris, 4^e ch., 22 novembre 1990, commentaire Michel Gautreau; Cass. civ. 1^{re} 28 juin 1988, RIDA, avril 1989, p. 220, la Cour a jugé que «l'apport de ses adhérents même non incorporé à son capital, s'analysait uniquement en une cession du droit d'exécution publique des œuvres lui appartenant».

52. Cour d'appel de Paris 6 mars 1933, *Hugot c. Platrier*, GP. 1933, p. 960; S. 1935-1-116, note Gény. André Schmidt, *Les Sociétés d'auteurs Sacem-SACD, contrat de représentation*, LGDJ, 1971, p. 15; A. Lucas et H.J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, n^o 695, p. 537, estimant que le mandat est l'explication la plus naturelle pour qualifier les relations des sociétés avec les titulaires de droit. Le mandat devrait pouvoir qualifier la référence faite aux «apports» de la «gérance» de certaines prérogatives de droits d'auteur que l'on retrouve notamment dans les statuts de la SACD.

53. CA Paris 4^e ch., 22 novembre 1990, *SA Polygram c. Vilain: Précisant que l'apport d'un droit d'auteur sur une composition musicale à une société de perception s'analysant non comme une cession emportant aliénation mais en une convention visant à faire assurer par cette société l'exploitation du droit d'auteur dans l'intérêt du titulaire, ne fait pas perdre à ce dernier la qualité pour agir en vue de faire sanctionner un défaut d'autorisation d'exploiter*, JCP II 1991, n^o 21736, note Michel Gautreau.

54. Cass. civ., 1^{re}, 28 juin 1988, RIDA, avril 1989, p. 290.

55. Cour de cassation, 1^{re} civ., 24 février 1998, *TF1 c. Sony Music*, D.1998, jurisprudence, p. 471, note André Françon. La Cour de cassation a admis cette notion particulière d'apport en société d'auteur de droits non intégrés au capital laissant l'auteur libre d'exercer son droit d'agir contre les contrefacteurs bien que son droit fut cédé à la société. Civ., 6 déc. 1988, RIDA, avril 1989, 289.

l'œuvre, dont ils pouvaient demander la protection, notamment par l'action en contrefaçon.

Le professeur Françon, dans son commentaire sous cet arrêt, critique cette jurisprudence qui, reconnaissant aux auteurs et à leurs éditeurs l'exercice de leur droit pour agir en contrefaçon indépendamment des apports à la société, est lourde de conséquence: *dire que les auteurs conservent leurs droits, c'est laisser entendre que non seulement ils peuvent agir en justice contre les tiers contrefacteurs, mais aussi qu'ils sont autorisés à conclure des contrats avec des tiers à propos des droits cédés. Si cette interprétation de l'arrêt devait être retenue, ce serait une atteinte très sérieuse portée à la gestion collective qui suppose [...], que l'auteur qui cède ses droits à la Sacem s'interdit par-là même de contracter avec des tiers à propos de ces droits.*

Certains professeurs comme André Lucas⁵⁶ ou Pierre Yves Gautier⁵⁷ considèrent que la cession/apport sur toutes les œuvres fait penser à la propriété fiduciaire permettant une gestion du patrimoine, la gestion collective procédant de la technique très moderne de la fiducie: *cession en propriété à fin de gestion, dans l'intérêt des auteurs et des artistes.*

Le principe de la gestion collective dégagé par la Cour de cassation est de confirmer que l'apport de droit d'auteur à une telle société n'a d'autre finalité que la gestion et ne constitue pas une aliénation des droits de l'auteur, ce qui revient finalement à respecter, une fois encore, le principe d'indépendance des auteurs sur les personnes morales quelles que soient leurs formes ou leurs fonctions.

Néanmoins, les sociétés d'auteurs, tout comme les sociétés de service ou autres entreprises, sont régies par le droit de la concurrence et plus particulièrement les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Or, l'abus de position dominante peut être constitué au sens de l'article

56. A. Lucas et H.J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 700, p. 539, considérant que la notion de cession présente le caractère fiduciaire.

57. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, PUF, 1999, p. 601 et n° 403, p. 597, mais le professeur précise que *les sociétés de gestion collective trouvent leur enracinement dans une conception mutualiste de la personnalité morale: se rassembler pour mieux se défendre et protéger les intérêts matériels et moraux de ses adhérents.* Voir P.Y. Gautier et Ph. Malaurie et L. Aynes, *Contrats spéciaux*, 13^e éd., nos 536 et 540, pour le caractère fiduciaire des sociétés d'auteurs.

82 du traité de Rome (ex-article 86) dès lors qu'une société en situation de monopole applique des tarifs excessifs par rapport à ceux pratiqués dans les autres États membres de l'Union européenne, dans la mesure où la comparaison des niveaux des tarifs a été effectuée sur une base homogène⁵⁸. Nous ne reviendrons pas sur les contrats généraux qui ont été largement critiqués à l'occasion des multiples procès opposant les représentants des discothèques à la Sacem⁵⁹.

Les utilisateurs dénonçaient le caractère monopolistique du répertoire de cette société et l'abus de position dominante qu'elle a sur une partie du territoire d'un État de la CEE. D'une manière générale, les sociétés d'auteurs se conduisant comme de véritables entreprises⁶⁰ sont confrontées aux droits de la concurrence. Outre leur abus de position dominante, il leur fut également reproché d'établir des ententes ou pratiquer, entre sociétés d'auteurs, des accords de réciprocité concernant leur répertoire et susceptibles d'être prohibés par l'article 81 du traité de Rome⁶¹ (ex-article 85).

Comme le remarque le professeur Pollaud-Dulian⁶², *le monopole de fait apparaît comme une «fatalité». Cette «fatalité» correspond en réalité à la nécessité d'une gestion efficace au besoin de se rassembler pour obtenir un certain rééquilibrage de la négociation d'un côté, et au besoin qu'ont les usagers de déterminer facilement l'interlocuteur unique. Ce monopole, convient-il, ne doit pas fausser la concurrence soit par des ententes entre sociétés d'auteurs, soit par des abus*

58. Principe dégagé par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le litige qui a opposé la Sacem aux discothèques, le 13 juillet 1989, RIDA, 1989, n° 142, p. 2891.

59. Jurisprudence *Sacem c. Les discothèques* publiée dans la RIDA de 1985 jusqu'en 1994 et notamment RIDA, n° 140, avril 1989, RIDA, n° 144, 1990; André Françon, «Le conflit entre la Sacem et les discothèques devant la Cour de justice des communautés européennes», CJCE, 13 juillet 1989, *Min. pub. c. Tournier*, 395/87 et *Lucazeau c. Sacem*, 110, 241 et 242/88, Rec., CJCE, p. 2521 et 2811. La Cour de justice des Communautés européennes jugeait ainsi que: «l'article 86 interdit comme un abus l'imposition par une société de gestion des droits d'auteur occupant une position dominante dans une partie substantielle du marché commun d'une exigence vis-à-vis de ses clients d'avoir à payer une redevance pour l'accès à l'ensemble du répertoire de la société, quelle que soit l'utilisation effective de ce répertoire par les clients en cause, si l'imposition de cette exigence excède ce qui est nécessaire pour la gestion efficace des droits».

60. Leur activité consiste selon la décision de la Commission du 2 juin 1971 en des prestations de services tant à l'égard des adhérents qu'à l'égard des utilisateurs des œuvres, GEMA, JOCE, n° 2.314115, 20 juin 1971, RTD Europ., 1971, 526.

61. B. Edelman, *juriscl. PLA. Fasc. droit communautaire*.

62. Frédéric Pollaud-Dulian, «L'accès au répertoire de gestion collective en droit de la concurrence», E. JCL, *Contrats-concurrence-consommation*, déc. 1995, p. 2.

de position dominante à l'égard des auteurs ou à l'égard des utilisateurs. Les sociétés d'auteurs doivent donc veiller à ce que les statuts ne contiennent pas des clauses abusives qui entraveraient la liberté de leurs membres ou qui les empêcheraient d'adhérer à une autre société d'auteurs établie dans la communauté européenne. Elles ne doivent pas non plus pratiquer, selon la jurisprudence Sacem, à l'égard des utilisateurs des tarifs trop élevés pour l'utilisation de leur répertoire en comparaison des autres sociétés d'auteurs des États membres ni comporter des frais de fonctionnement injustifiés⁶³. L'activité de ces sociétés remise en cause par les utilisateurs a également fait l'objet de critiques par les auteurs eux-mêmes à propos de leur gestion.

C'est à l'instigation du Sénat, lors de la réforme de la loi relative à la liberté de la communication de 1986, que quelques dispositions furent adoptées par la loi du 1^{er} août 2000⁶⁴ pour contrôler le fonctionnement de ces sociétés. Les articles 11 et 12 sont venus modifier les articles L.321-5 et L.321-9 du code de la propriété intellectuelle et ajouter un nouvel article L.321-13 qui institue une Commission *ad hoc* pour le contrôle des comptes de la société de gestion collective⁶⁵. Cette dernière innovation a soulevé de nombreuses contestations de la part des Sociétés d'auteurs que l'on menaçait d'un contrôle direct par la Cour des Comptes⁶⁶.

Toutefois, nous devons rappeler que ces sociétés qui gèrent sur leur territoire un répertoire parfois exhaustif d'une catégorie artistique doivent faire face à des groupes de sociétés dont la taille multinationale et le poids économique dépassent largement ces sociétés d'auteurs. D'autre part, Bernard Edelman⁶⁷ souligne que *cette imprégnation croissante des sociétés par le droit de la concurrence a pour effet que c'est leur dimension marchande qui prend le pas sur leur dimension morale. Dès lors, écrit-il, le risque se profile que les droits d'auteur, d'une façon ou d'une autre, rentrent dans la sphère du droit de la concurrence. Ce serait le triomphe du copyright.*

63. Par exemple Cass. civ., 1^{re}, 29 janvier 1991, RIDA, 1991, avril 1991, 120.

64. Loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication; J.O., 2 août 2000, n°117, p. 11903.

65. L'article 321-13 institue cette Commission composée de cinq membres nommés par décret pour une durée de cinq ans et présidée par un conseiller maître à la Cour des comptes. Des sanctions lourdes allant jusqu'à l'emprisonnement sont prévues dans le cas où le dirigeant d'une société ne répondrait pas aux demandes d'information ou bien ferait obstacle à la mission de cette commission.

66. Proposition du Sénateur Charasse en 1^{re} lecture devant le Sénat qui estimait que les sociétés d'auteurs comme d'autres organismes de droit privé gérant des fonds privés pouvaient relever de la compétence de la Cour des Comptes.

67. B. Edelman, *Droits d'auteur droits voisins*, Dalloz, 1993, p. 278.

Le droit européen reconnaît par ailleurs le caractère monopolistique des sociétés d'auteurs et en renforce, même, le trait dans la directive câble/satellite, qui prévoit que les autorisations des transmissions simultanées seront gérées par des sociétés agréées. Les titulaires de droits pourront réclamer à ces sociétés les droits qui leur reviennent de ces diffusions alors même qu'ils n'ont aucun lien juridique avec ces sociétés. Les sociétés de perception sont dès lors impliquées par le droit européen dans la gestion de nouveaux droits tels que le prêt public et la location (directive 92/100 du 19 novembre 1992). Notre droit interne leur confère même une qualité d'intermédiaires obligatoires dans le domaine de la reprographie (art. L. 122-10 et suivants, loi n° 95-4, 3 janv. 1995) et dans le domaine de la retransmission des œuvres par le câble (L. 132-20-1, introduit L. n° 97-283, 27 mars 1997, art. 2). Par conséquent, certains droits d'auteur sont obligatoirement gérés par les sociétés d'auteurs, ce qui implique une certaine forme de socialisation.

7. «Socialisation» du droit d'auteur par le système des licences légales

Le régime de licence légale était inconnu en France jusqu'à la loi du 3 juillet 1985 et les organisations professionnelles y jouent un rôle important. La loi française, comme d'autres législations européennes⁶⁸, ont introduit la mise en place de la rémunération pour copie privée, perception qui se réalise par les sociétés de perception. Une Commission fut nommée regroupant les auteurs, les producteurs, les artistes interprètes et les fabricants de supports pour établir les barèmes de rémunérations (article L. 311-1 du Code et décision de la Commission du 30 juin 1986). Cette Commission⁶⁹ est d'ailleurs à nouveau réunie pour déterminer les taux de redevances sur les disques durs des appareils permettant de stocker des œuvres.

Le mécanisme de la licence légale a pour effet de déroger au consentement de l'auteur d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre et répond à une certaine forme de socialisation du droit. Son institution est liée, selon Alain Strowel⁷⁰, à des objectifs sociaux d'augmenter l'accès des œuvres au public et à des impératifs économiques permettant de garantir l'exploitation des œuvres. Le contrôle

68. Article 55 de la loi belge du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

69. Décision de la Commission du 4 janvier 2001, J.O., 4 janvier 2001, p. 436.

70. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, *op. cit.*, p. 634.

des œuvres devient de plus en plus difficile. Pour cette raison les politiques préconisent les solutions de licences légales ou de gestion des droits obligatoires pour faire face aux utilisations massives, voire gratuites, des œuvres par le public⁷¹.

En conséquence, l'auteur est souvent lié aux sociétés d'auteurs et si, demain, il s'engage par un contrat social à faire apport de ses droits à son entreprise, on pourra dire qu'il fait partie des actionnaires de la société de l'information dans la mesure où il percevra des dividendes sur l'exploitation des œuvres dans l'univers numérique.

8. Conclusion

En Europe, dans le nouveau domaine d'exploitation numérique des œuvres⁷², le rôle des sociétés d'auteurs va devenir encore plus important. Celles-ci mettent en place des procédures informatiques de gestion de droits pour simplifier l'accès aux répertoires des sociétés existantes et ont constitué des sociétés dites «guichet unique» (Sesam), de manière à centraliser les recherches pour les producteurs d'œuvres multimédia. Dès lors, les intérêts des auteurs, éditeurs et producteurs ainsi que ceux de leur entreprise sont ravivés par les nouvelles sources d'exploitations qui seront offertes par les nouveaux modes de communication des œuvres. La question de la gestion de ces droits par des sociétés d'auteurs peut devenir, d'une certaine manière, concurrente à l'activité de l'entreprise qui détendra les droits de l'auteur. Le *modus vivendi* de la société de perception «écran» entre le créateur et la personne morale producteur serait fragile si l'on venait à admettre des cessions légales aux profit des entreprises.

La thèse du créateur salarié devenant associé de sa société serait un pas en avant dans la construction d'un équilibre équitable entre intérêts financiers et intérêts créatifs.

71. Voir la liste très importante d'exception énoncée dans l'article 5 du projet de directive européenne sur les aspects relatifs aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information qui, depuis l'intervention du Parlement européen en mai 1999, a introduit des rémunérations équitables en compensation des copies privées numériques.

72. Jean-Louis Goutal, *Multimédia et réseaux: l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur*, D. 1997, chron., p. 359.