

Nouvelles relations de production, pratiques contractuelles en évolution

Gilles VERCKEN*

La révolution numérique a-t-elle entraîné une révolution contractuelle ?

Notre propos étant d'analyser s'il y a – ou non – de nouvelles pratiques contractuelles, il faut définir au préalable à l'aune de quel référent la nouveauté doit être appréciée. Ce référent, c'est bien évidemment le contrat, tel qu'organisé par le Code de la propriété intellectuelle. La régulation par le contrat des relations entre les auteurs et leurs partenaires économiques est fixée par le Code. Elle correspond à une certaine vision de l'organisation de la production, de la diffusion et du rapport à l'exploitation et au public.

Il convient de rappeler les grands principes régissant les contrats dans le Code. Ces principes reposent sur des distinctions claires, des typologies définies dans son système interne en référence aux organisations des milieux professionnels. On distingue ainsi d'un côté un auteur – *a priori* professionnel – dont le contrat – protégé et encadré par la loi – est l'outil qui doit lui permettre de contrôler l'exploitation de son œuvre et d'obtenir la rémunération de son activité d'auteur. De l'autre, un responsable également identifié : un exploitant – un éditeur, un producteur, un entrepreneur de spectacle, un télédiffuseur... –, en toutes hypothèses une personne qui prend la responsabilité de porter à la connaissance du public une œuvre qu'il a choisie. Cette personne « commet » des actes

* Avocat au barreau de Paris, cabinet Gilles-Vercken.

d'exploitation reposant sur une typologie connue : la reproduction ou la représentation. Cet exploitant conduit un raisonnement simple et prévisible : « Je vais effectuer un acte d'exploitation sur une œuvre protégée, exploitation qui ne rentre pas dans le champ des exceptions ; je dois donc obtenir l'autorisation de l'auteur car je vais reproduire ou représenter son œuvre. Et, bien évidemment, c'est à moi, exploitant, d'aller rechercher l'autorisation et non pas à l'auteur de me prévenir si jamais je n'ai pas le droit de l'utiliser. Je dois négocier un contrat et payer la contrepartie définie de la cession ou de l'autorisation qui m'est conférée. »

L'objet du contrat est aussi clair et défini : le contrat doit porter uniquement sur une œuvre protégée et des exploitations relevant du monopole exclusif et non des exceptions. Les exceptions sont les zones de liberté, où chacun peut utiliser l'œuvre comme il le souhaite sans avoir à conclure un contrat.

Les considérations financières sont essentielles et justifient les règles impératives : c'est le contrat qui doit permettre à l'auteur de bénéficier d'une rémunération au titre de l'exploitation de son œuvre et, *a priori*, toute exploitation, toute cession de droits, doit donner lieu à rémunération, soit proportionnelle, soit, par exception, forfaitaire. Cette rémunération doit être fixée en fonction de l'exploitation et de la réalité de l'exploitation des œuvres.

Voilà les éléments clés des points essentiels qui justifient les règles du droit d'auteur contractuel dans le Code : un auteur professionnel, un exploitant identifié – lui aussi professionnel – portant sur des exploitations qui relèvent systématiquement du monopole – reproduction, représentation – avec une rémunération obligatoire. Enfin, le Code prévoit qu'à chaque secteur professionnel correspond son contrat : contrat d'édition, contrat de production audiovisuelle, contrat de représentation, contrat de commande pour les œuvres publicitaires. C'est le premier mode de régulation par le contrat particulier tel qu'on le connaît dans le Cpi.

Deuxième mode de régulation, lorsque le contrat individuel ne peut atteindre les objectifs fixés : la gestion collective. À l'origine elle est facultative, organisée par les titulaires de droits, très peu réglementée, uniquement à travers le contrat général de représentation en 1957. Puis,

au fur et à mesure, le législateur est intervenu dans de nombreux domaines pour mettre en place une gestion collective obligatoire, de manière pointilliste. Voici donc, brièvement présenté, le référent à l'aune duquel doit s'apprécier notre examen d'une nouveauté des pratiques contractuelles dans l'univers du numérique.

Quelles sont alors ces pratiques contractuelles ? Avant de les examiner, il faut s'interroger sur l'existence de nouvelles pratiques de création, de production et de diffusion des œuvres liées au numérique, que le contrat vient régir. L'étude sur les pratiques culturelles publiée en 2007 par le ministère de la Culture et de la Communication permet de mesurer l'importance de ces changements :

« Le fait que désormais près de la moitié des ménages disposent chez eux d'une connexion, associé aux effets de la numérisation, constitue un réel défi pour l'approche traditionnelle des pratiques culturelles, car cela met en question plus ou moins radicalement la plupart des catégories et partages qui permettaient jusqu'alors d'appréhender les activités culturelles : en effet le découpage par domaines ou filières est rendu en partie caduc par la diffusion de la culture numérique où textes, images et musiques sont souvent imbriqués, le clivage amateur/professionnel devient plus incertain, et surtout la cohérence des activités culturelles qui étaient en général étroitement associées à un support physique ou à un lieu – le domicile pour la télévision, les établissements culturels pour la fréquentation des œuvres, etc. – se trouve fortement ébranlée¹. »

Une révolution ou plutôt des révolutions : d'abord, de nouveaux acteurs ; ensuite, de nouveaux usages. Je ne suis ni économiste, ni sociologue, ni historien ; j'essaie d'être juriste. En cette qualité, je peux relever des évolutions nouvelles fortes qui ont une incidence directe sur les pratiques contractuelles. De nouveaux acteurs : d'abord l'amateur, un personnage hautement révolutionnaire ! Avant, il s'agissait uniquement d'un membre passif du public. Aujourd'hui, il a deux nouvelles qualités. L'amateur est d'abord devenu exploitant. Il utilise la multiplicité des possibilités offertes par le monde numérique de partager les contenus qu'il aime, que ce soit par les réseaux d'échanges pair à pair, les blogs ou les plates-formes vidéo et photo. Pour une immense part, les contenus ainsi partagés ne sont pas ceux que l'amateur a créés, mais ceux qu'il apprécie et sur lesquels il ne dispose pas des droits. Pour les titu-

1. O. DONNAT, *Pratiques culturelles et usages d'internet*, Paris, Ders, Ministère de la Culture et de la Communication, coll. « Culture études », 2007-3, p. 1.

laïques de droits, c'est un problème de fond, parce que cet amateur, c'est d'abord un consommateur : c'est celui à qui le professionnel veut vendre les biens culturels. Or le client, en exploitant lui aussi, devient le propre concurrent de l'exploitant professionnel. Alors, que doit faire l'exploitant professionnel ? Comment gérer la relation schizophrène avec son client, devenu aussi son concurrent ? Doit-il le poursuivre ? Difficile, puisque l'objectif est bien d'essayer de le conquérir et non de le neutraliser. L'action judiciaire ne permet pas de réguler une relation mais de la stopper et de la punir, ou de réparer le préjudice subi. Et puis l'action judiciaire systématique, outre son coût démesuré, a un impact négatif sur l'image du professionnel, qui attaque ainsi, au nom de la défense des droits des auteurs, le public auquel les œuvres sont destinées.

Faut-il alors contracter avec l'amateur ? Théoriquement, c'est une solution satisfaisante : le ramener dans le droit chemin et liciter l'exploitation qu'il réalise, aux conditions définies par le titulaire, puisque finalement, c'est aussi un exploitant. Mais comment contracter, avec la multitude des amateurs qui, aujourd'hui, se substituent aux exploitants et selon quelles contreparties ? En outre, s'ajoute à cette première problématique, le fait que l'amateur n'est pas seulement devenu un exploitant, il est aussi devenu auteur et producteur. Il est alors non seulement en concurrence potentielle avec les exploitants des œuvres sur le marché mais également avec les auteurs professionnels qui les créent.

Et quel est l'objectif d'un auteur-amateur-producteur ? Veut-il être un auteur professionnel ? Ce n'est pas, en général, sa première motivation : certes, il peut souhaiter devenir professionnel. Mais nombre de ces amateurs recherchent autre chose, un autre gain : l'appartenance à une communauté, une reconnaissance d'image par exemple. Pourquoi alors exigerait-il un contrat basé sur les règles du Code et, notamment, pourquoi exigerait-il une rémunération de la part des personnes qui vont utiliser son œuvre si son objectif n'est pas de vivre de sa création ?

Dans ce cadre, le Cpi n'intéresse pas l'amateur, parce que la valorisation qu'il recherche à travers sa pratique d'amateur, avec une diffusion maximale potentielle de ses œuvres et des partages d'expériences, n'est pas celle de l'auteur professionnel. C'est ainsi que s'est développé, notamment, le monde du « libre ». Le monde du libre ne s'est pas développé contre le Cpi, comme on l'entend trop souvent, mais à côté du Cpi : utilisation d'un contrat non répertorié, offrant de larges possibilités d'uti-

liser l'œuvre, sans contrepartie financière mais avec des contreparties prenant la forme de dons à la communauté ou d'améliorations apportées à l'œuvre. Le problème essentiel, avec le monde du libre, n'est pas tant relatif à la liberté d'utiliser mais à l'économie qu'il induit et à ses conséquences sur le monde traditionnel du « non-libre ». Pour un auteur professionnel, il existe deux manières essentielles de valoriser ou d'assurer une rémunération de sa création : la valorisation du travail ou de la commande ou la valorisation de l'exploitation. Le monde du libre fait d'abord disparaître la valorisation financière de l'exploitation. Mais ce faisant, il fait aussi disparaître la valorisation du travail ou de la commande en amont. Or, des secteurs entiers de la création reposent sur la valorisation du travail ou de la commande, préalable à l'exploitation : c'est le cas notamment des arts visuels, et plus généralement de tous les secteurs dans lesquels l'auteur est plus rémunéré par la commande que par l'exploitation, notamment dans les secteurs institutionnels. On a ainsi cité l'exemple du recours par certaines collectivités publiques aux photographes sous licence libre afin de se libérer de la charge financière de l'exploitation prévue au Cpi : les photographes professionnels n'ont alors plus de commandes. Il y a donc une inversion des schémas traditionnels : l'amateur prend la place de l'exploitant et de l'auteur.

Nouvel acteur extrêmement important : le fameux intermédiaire technique. Cet acteur participe d'une seconde inversion des analyses traditionnelles. Les nouvelles valeurs, aujourd'hui, ne résident plus dans l'initiative de la reproduction ou de la représentation organisée par l'amont. Seuls comptent en aval l'usage, l'utilité et l'accès à l'œuvre. L'exploitation n'est plus envisagée du côté de l'émetteur mais du destinataire. Le vecteur par lequel le public a accès à l'œuvre n'est plus l'élément pertinent de la définition de l'exploitation. Philippe Chanepie et Alain Le Diberder ont montré comment la révolution numérique avait rompu la notion de bien culturel avec la disparition de ces vecteurs. Le modèle gratuit/payant qui servait de référence à la mesure de l'usage de l'utilité n'existe plus. La valeur n'est plus révélée par l'œuvre elle-même. La réalité des usages en aval ne correspond plus aux grilles d'analyse du droit en amont. Ce qui compte n'est pas de savoir si on a reproduit ou représenté, c'est de savoir comment on a obtenu l'usage et par qui.

Ainsi, si seul l'usage final compte, il faut déterminer qui le permet. Ce n'est plus l'exploitant traditionnel — le producteur, l'éditeur — mais ce sont ces nouveaux intermédiaires qui constituent désormais le dernier maillon en relation avec le public : le fournisseur d'accès, d'outil, de plate-forme qui, aujourd'hui, offre l'usage possible de l'œuvre par le public, même si ce fournisseur ne sélectionne pas l'œuvre et ne prend pas l'initiative de sa communication. Le Cpi n'a pas été construit sur ce modèle car seul a été envisagé le cas de l'exploitant actif, qui sélectionne et prend l'initiative. Les pratiques contractuelles, telles que nous pouvons les observer depuis un certain nombre d'années rendent compte de ces inversions et ont dû se construire en dehors du Cpi, voire contre lui.

Nous analyserons ces pratiques contractuelles et nous pourrions en tirer un constat de décalage par rapport au Cpi : nous constaterons qu'il existe des contrats conclus avec des auteurs qui n'en sont pas, des accords portant sur le droit d'auteur signés par des organisations qui ne peuvent représenter les auteurs, des contrats conclus avec des exploitants qui n'en sont pas, des contrats conclus sur des exceptions qui ne nécessiteraient pas de contrats et des contrats conclus portant sur des rémunérations qui n'ont rien à voir avec les exploitations des œuvres. Et nous verrons que la loi Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, loin de combattre ce phénomène, en rend compte et reprend cette typologie quelque peu déconcertante sans l'analyser ni la systématiser.

Les nouvelles pratiques contractuelles hors Cpi

Peut balayage rapide de ces nouveaux contrats qui ne correspondent plus aux grilles classiques d'analyse.

Premier exemple : les accords de presse, qui concernent toutes les personnes de la rédaction y compris celles qui ne sont pas auteurs et celles qui ne créent pas des œuvres, conclus par des syndicats alors que ceux-ci ne sont pas titulaires des droits.

Deuxième exemple : les protocoles SACD dans le cadre de la vidéo à la demande et de la vidéo. Ces accords sont conclus par des syndicats de producteurs : l'USPA, le SPI, etc. Aujourd'hui, ces syndicats, n'ont pas

compétence pour conclure des accords en lieu et place des producteurs — ce n'est pas un jugement de valeur, c'est une appréciation juridique. Évolution aussi des pratiques contractuelles de la SACD ou de la SCAM, qui, après s'être battues pour être reconnues titulaires initiales des droits des auteurs, acceptent de conclure des accords qui donnent le choix au producteur entre gestion individuelle ou collective, et dans lesquels ces sociétés ne sont plus que gestionnaires de la rémunération et semblent ainsi abandonner leur revendication de titularité des droits.

Troisième type d'accords très intéressants : les accords conclus entre les intermédiaires techniques et les titulaires de droits. Plus de cent cinquante accords ont été conclus entre ces fournisseurs techniques et les fournisseurs de contenus. Il est topique que des fournisseurs techniques aient ressenti le besoin de passer des contrats avec des titulaires de droits, alors que ces fournisseurs ne se considéraient pas comme des exploitants. Dans ces contrats, l'intermédiaire technique accepte de prendre à sa charge des obligations vis-à-vis des ayants droit, allant au-delà de ce que lui imposerait la loi sur la confiance dans l'économie numérique, mais en deçà de ce que lui imposerait le Cpi en qualité d'exploitant : mise en place d'outils de filtrage pour rassurer les ayants droit, mise en avant du contenu du titulaire de droits, que ce contenu ait été posté par l'amateur pirate ou par le professionnel lui-même, partage des recettes liées au contenu piraté mais répartition au bénéfice du véritable titulaire et non au profit de l'amateur, rémunérations des intermédiaires, etc. Dans de nombreux accords, le fournisseur de contenus va ainsi rendre licite le contenu qui a été mis en ligne par les amateurs qui sont les clients de la plate-forme. Modèle étrange et inconnu de notre Code, puisque c'est l'intermédiaire qui obtient, à la place de l'utilisateur et pour son compte, l'autorisation nécessaire pour la diffusion, licite tant après coup l'exploitation et couvrant la contrefaçon.

Quatrième exemple : les contrats portant sur des actes non soumis au droit d'auteur ou à la gestion individuelle, qui reviennent ainsi dans le giron du contrôle individuel des ayants droit par le biais des contrats. D'abord, la pratique contractuelle s'affranchit parfois de la répartition voulue par le législateur entre gestion individuelle et gestion collective obligatoire. Ainsi, dans certains accords portant sur la reprographie, le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) limite les possibilités d'exploitation des reprographes par les utilisateurs de manière

plus restrictive que ce qu'a prévu le Cpi et renvoie ainsi à la gestion individuelle pour des actes qui pourraient entrer dans le périmètre de la gestion collective obligatoire.

Autre cas de plus en plus fréquent : les contrats interdisant aux utilisateurs, indépendamment des mesures techniques, d'effectuer un certain nombre d'actes relevant des exceptions. Par exemple, lorsque vous souhaitez reproduire sur votre ordinateur un CD acheté légalement sur lequel aucune mesure de protection technique n'a été introduite, *Windows Media Player* impose la conclusion d'une licence avec un message très clair : « Un DRM a été ajouté à l'extraction du fichier. » C'est ainsi une limitation par le biais d'un contrat que vous devez conclure, portant sur un acte qui ne relève pas du périmètre du droit exclusif. Les protocoles conclus entre le ministère de l'Éducation nationale et un certain nombre de sociétés de gestion collective sont aussi topiques de la perte du respect des frontières entre les droits et les exceptions : certains actes relevant des exceptions comme de courtes citations sont ainsi réintégrés dans le champ des protocoles. L'accord sur les revues de presse du Geste définit lui aussi la notion de courtes citations dans des conditions beaucoup plus restrictives que celles de la loi ou de la jurisprudence. Les exemples de cette volonté de réintégrer par le contrat des actes qui relèvent pourtant des exceptions pourraient être multipliés ; la présente liste n'est évidemment pas exhaustive.

Cinquième exemple : les licences libres. Leur lecture est également éditifiante : formalisme du Cpi non respecté ; absence d'identification des auteurs, des œuvres ou des exploitants ; absence de rémunérations ; absence de garanties.

Sixième exemple : les accords professionnels conclus en dehors du cadre strict de la propriété intellectuelle. Dans le secteur audiovisuel, ces exemples sont nombreux, comme le protocole interprofessionnel du 20 décembre 2005 sur la chronologie des médias, qui comporte des stipulations concernant la répartition nécessaire des flux financiers entre auteurs et ayants droit alors que les parties signataires n'ont pas qualité pour décider ainsi de cette répartition financière.

Septième exemple : de nombreux accords prennent également des libertés par rapport au référent de la valorisation des contenus. Par exemple, l'accord Neuf-Cegetel-Universal prévoit un prix unique de l'abonne-

ment, aussi la valeur de l'œuvre est-elle finalement incluse dans le prix des télécommunications. Ou encore les accords Google-You Tube-Universal, pour lesquels la valorisation du catalogue d'Universal ne s'est pas faite par le biais des contrats habituels mais tout simplement par le capital de l'entreprise (d'après ce qui en a été dit dans la presse et sous réserve de la validité de la source) : les flux financiers qui rendent compte de la valeur des œuvres sont déconnectés des flux des droits, ce qui évite d'ailleurs d'avoir à rémunérer les auteurs et les artistes. Nous pouvons faire ainsi le constat de la diversité de nouvelles pratiques contractuelles qui ne prennent plus pour appui le Cpi. Et nous devons aussi constater que la loi du 1^{er} août 2006, loin de tenter de donner un cadre renouvelé et cohérent à ces nouvelles pratiques contractuelles dans le Cpi, est venue finalement consacrer la confusion relative à la place du contrat dans notre droit d'auteur.

La prise en compte des nouvelles pratiques contractuelles par la loi Dadvsi

De manière indirecte et sans que cela soit nécessairement le fruit d'une réflexion théorique préalable, la loi Dadvsi rend finalement compte de la confusion constatée en pratique sur la place du contrat. Une typologie proposée par le professeur Michel Vivant au cours d'une conférence de présentation de la loi Dadvsi reprend celle que nous avons constatée en pratique. Cette loi prévoit ainsi :

- des contrats pour interdire ce qui est permis ;
- des contrats pour permettre ce qui l'est déjà ;
- des contrats pour rendre payant ce que nous attendions gratuit.

Le contrat est omniprésent dans la Dadvsi. Pourtant, paradoxalement, elle ne s'intéresse pas aux contrats conclus entre auteurs et premiers partenaires économiques : c'est une vraie nouveauté et c'est peut-être le signe du fait que le contrat entre l'auteur et le premier partenaire n'est plus un outil de régulation qui semble pertinent pour le législateur, alors qu'en 1957 et encore en 1985, la loi était focalisée sur ces contrats.

En 2006, le droit contractuel de l'auteur est passé totalement inaperçu et il n'y a rien dans la loi. Rien dans la loi ? Pas tout à fait, il y a deux choses. D'abord, le nouvel alinéa de l'article L. 132-25 sur la possibi-

lité d'étendre les accords portant sur la rémunération des auteurs de l'audiovisuel à l'ensemble du secteur concerné. Mais cela consacre les confusions décrites précédemment : la loi prévoit une extension possible par le ministère de la Culture, sans aucune explication sur le fondement et le régime de cette extension, un mécanisme pourtant inconnu jusqu'alors dans le droit d'auteur. En outre, ces accords ne sont pas nécessairement conclus par des organismes compétents. L'extension suffirait-elle à leur donner une légitimité ? Ensuite, l'article L. 131-9 prévoit l'obligation de mentionner dans les contrats d'auteurs le recours aux mesures techniques de protection. Mais cette disposition ne concerne pas directement l'exploitation de l'œuvre et rien n'est dit sur la sanction éventuelle de la violation de l'obligation de la mention. Et c'est tout.

Le contrat est partout dans la Davvsi, mais ailleurs. D'abord dans les exceptions. Avant, les choses étaient relativement claires (en tout cas avant le logiciel ou la base de données) : des droits exclusifs et des exceptions ; pour ces dernières, rien à négocier, pas de contrat à passer et, éventuellement, une rémunération à payer. Est venu l'utilisateur légitime du logiciel et de la base de données, qui bénéficie des exceptions s'il a par ailleurs conclu un contrat de licence. Première faille dans le schéma classique. La loi Davvsi crée un gouffre en soumettant le bénéfice des exceptions au contrat. D'abord, elle prévoit une exception pédagogique, rémunérée, mais dont la rémunération doit être négociée par contrat.

Que se passe-t-il s'il n'y a pas de rémunération négociée ? Dans ce cas-là, faut-il revenir au droit exclusif puisque la condition n'est pas réalisée ? Ou alors l'utilisateur qui n'a pas négocié bénéficie-t-il malgré tout de l'exception ; existerait-il alors uniquement un droit de créance au profit des titulaires de droits mais plus d'action en contrefaçon ? Quelle peut être alors la différence entre un droit exclusif qu'il faut obtenir par contrat et en contrepartie d'une rémunération, et une exception, dont on peut bénéficier si on conclut un contrat fixant la rémunération ? Il y a certes une différence importante, liée à l'application ou non du triple test mais il n'est pas certain que le législateur ait eu conscience de cette conséquence et, en toutes hypothèses, la loi renvoie bien à un contrat pour délimiter une exception.

Le contrat est encore sollicité sur le périmètre même de l'exception : n'est pas couverte par l'exception l'œuvre réalisée pour une édition numérique de l'écrit. Qu'est-ce qu'une œuvre conçue pour une édition

numérique de l'écrit ? Qui décide ? Qui qualifie ? Le contrat ? Les éditeurs doivent-ils simplement ajouter une clause dans les contrats indiquant la possibilité d'une édition numérique en même temps que l'édition papier ? Est-ce plutôt l'acte réel d'exploitation qui compte ? Est-ce que, par le contrat, il est possible de sortir du périmètre de l'exception d'enseignement ? *Idem* pour la qualification d'œuvre conçue à des fins pédagogiques : les parties peuvent-elles, par contrat, qualifier ce qui relève ou non de la pédagogie ?

L'exception d'actualité n'est pas en reste : elle renvoie aux tarifs en vigueur et doit donner lieu à une rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés. Lorsque l'exploitation n'est pas faite en rapport direct avec l'actualité, la loi prévoit la nécessité de la conclusion d'accords. Ces nouvelles exceptions sont donc soumises à une obligation de contracter.

Le contrat est présent également dans la mise en œuvre des mesures techniques de protection :

- les titulaires de droits définissent le périmètre de l'étendue des exceptions et des mesures techniques en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées, par le contrat ;

- sont exclues de la protection des mesures techniques celles concernant les œuvres mises à la disposition à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties. Il est donc renvoyé au contrat pour délimiter le périmètre de la protection des mesures techniques.

Nous trouvons aussi dans la loi du 1^{er} août 2006 la prise en compte de la place croissante des intermédiaires techniques, celle-ci prévoyant des obligations à leur charge qui ne relèvent pas des obligations traditionnelles des exploitants. Les fournisseurs de logiciels sont ainsi visés pour la première fois, et peuvent voir leur responsabilité engagée selon l'utilisation qui est faite de leur logiciel, ce qui d'ailleurs a entraîné en pratique des changements dans la rédaction de certains contrats de licence pour tenter de limiter cette responsabilité. Les fournisseurs d'accès sont également entrés dans le Cpi, même si ne pèsent sur eux pour l'instant que des obligations nouvelles d'informations. Enfin, même l'internaute est désormais soumis à de nouvelles obligations, dont les contrats conclus avec les fournisseurs d'accès rendent désormais compte.

La loi Dadvsi a donc, d'une part, introduit de nouvelles pratiques contractuelles et, d'autre part, reconnu l'existence des nouveaux acteurs. Mais le sentiment demeure que cette introduction et cette reconnaissance n'ont pas été pensées ni réfléchies pour s'intégrer dans une analyse globale cohérente du rôle du contrat. Il semble que le contrat d'auteur n'apparaisse plus comme l'outil juridique le plus approprié pour garantir les objectifs traditionnels du droit d'auteur : protéger les auteurs et leur assurer une rémunération adéquate.

Le tableau est-il si consternant pour notre outil contractuel ? N'existe-t-il pas le garde-fou des juges, qui sont là pour rappeler la force du droit d'auteur et la protection par le contrat d'auteur ? Mais, coïncidence ou complot contre le contrat d'auteur, la même année que celle de l'adoption de la loi Dadvsi, le 21 novembre 2006, la Cour de cassation a semblé venir limiter l'importance du droit d'auteur contractuel. En effet, décidant que les règles protectrices mentionnées à l'article L. 131-3 du Cpi devaient ne s'appliquer qu'aux contrats spéciaux du droit d'auteur – contrat d'édition, contrat de représentation et contrat de production audiovisuelle – et non à toutes les cessions de droits d'auteur, la Cour pourrait considérablement réduire l'importance du contrat d'auteur – même il n'est pas certain que cette décision soit maintenue car il s'agit d'un arrêt d'espèce non publié au *Bulletin*.

Nous constatons que les juges rencontrent des difficultés pour faire entrer dans les catégories existantes les activités des nouveaux intermédiaires techniques. Le débat sur le rapport entre hébergeurs et éditeurs est révélateur. Il est clair que les hébergeurs ne sont pas des éditeurs au sens traditionnel du terme, notamment du fait de l'absence de choix éditorial. Sont-ils pour autant irresponsables au regard du Cpi – même si la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 vient à leur secours par la définition d'un régime de responsabilité exorbitant des règles du Cpi ?

À quoi servent tous ces nouveaux contrats, nés en marge ou contre le Cpi ? Ils assurent une paix sociale économique ou des amnisties. Ils permettent de gérer des situations en dehors d'un Cpi qui n'apporte plus les réponses attendues. Peut-on s'en contenter ? Non, car le droit devient alors cacophonie et absence de repères. Que faire ? Peut-être faut-il revenir aux questions fondamentales : qui voulons-nous protéger ?

Comment ? Selon quelles modalités économiques ? Qui ? Si l'auteur professionnel doit être protégé, ne faut-il pas alors délimiter précisément son statut ? En creux, ne faut-il pas alors définir un statut de l'amauteur et un régime délimité pour les œuvres « libres » ? Le risque est ensuite de tomber dans le travers de la multiplication des régimes spéciaux. L'utilisateur et le consommateur ne doivent-ils pas être définivement et clairement distingués de la notion de public ? Comment ? Ne faut-il pas interdire la possibilité de renoncer aux exceptions par contrat ? Ne faut-il pas de nouveau réaffirmer la suprématie des droits sur les mesures techniques ? Ne faut-il pas reconnaître un vrai statut aux syndicats ? Ne faut-il pas repenser de manière plus cohérente la place de la gestion collective ? Et surtout, ne faut-il pas prévoir de nouvelles obligations pour les intermédiaires techniques, qui ne relèveront pas nécessairement des obligations des exploitants mais qui tiendront compte de leur rôle réel dans la diffusion des œuvres : obligations actives de mise en place des outils de contrôle et obligations de répartition des richesses ? Justement, quelles rémunérations ? Si les mécanismes du Cpi ne permettent plus d'assurer les flux financiers vers les auteurs et la survie de secteurs entiers, ne faut-il pas réfléchir aux mécanismes de protection des rémunérations des prestations en amont ? Peut-être est-il souhaitable de limiter le secteur du libre au domaine non commercial – à définir strictement – dans lequel la gratuité serait possible, pour que soient renforcées les obligations de rémunération dans le domaine commercial ?

Une certitude après tant de questions : il faudrait bien reprendre notre Cpi, et à partir des réponses claires aux questions fondamentales sur ce que nous voulons pour le droit d'auteur, redonner une cohérence et des lignes fortes sur les actes qui doivent relever du contrat et ceux qui n'en relèvent pas, sur les qualités des signataires (rôle des syndicats, des sociétés de gestion collective) et sur l'organisation des régimes de ces contrats.