

Quand l'éditeur veut aussi les droits pour les catégories d'utilisation inconnues

Se représenter l'inimaginable. Ce qui soulève en philosophie des questions existentielles, le droit l'aborde de manière très pragmatique. Il permet en effet de disposer de l'inconnu. Selon le point de vue, les autrices et les auteurs peuvent ou doivent aussi céder à leur éditeur les droits sur leur œuvre pour des catégories d'utilisation inconnues, jusqu'à 70 ans après leur décès, du moins en principe.

Cela dépend toutefois, comme souvent, des circonstances du cas particulier, qui peuvent restreindre la liberté contractuelle. Car la loi protège pour ainsi dire l'individu contre lui-même et, partant, contre tout engagement contractuel excessif : « Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs » (art. 27, al. 2, CC). Vendre son âme, par exemple. Ou conclure un pacte quel qu'il soit avec le diable. Sont aussi visées les conventions entre voleur et receleur. Mais la clause contractuelle permettant à l'éditeur d'acquérir les droits sur les catégories d'utilisation à venir et encore inconnues n'entre pas nécessairement dans cette catégorie.

Une catégorie d'utilisation inconnue ...

Le droit d'auteur parle de catégorie d'utilisation lorsqu'une manière donnée d'utiliser une œuvre est distincte sous les aspects économique et technique. C'est le cas du livre de poche par rapport à l'édition originale grand format, ou de la mise à disposition d'une œuvre pour la consultation individuelle en ligne par rapport à sa représentation. Naturellement, les technologies de l'information et de la communication offrent sans cesse de nouvelles possibilités d'utilisation. Le streaming n'est pas la fin de tout.

Selon les conclusions en la matière des tribunaux allemands, une catégorie d'utilisation n'est réputée connue qu'à partir du moment où elle a acquis une certaine importance sous l'angle économique et qu'elle est effectivement exploitable. Il n'existe pas encore, à notre connaissance, d'arrêts suisses. Mais, dans ce genre de questions, les tribunaux de notre pays s'inspirent souvent des verdicts de notre voisin du nord. D'après ceux-ci, la nouvelle catégorie d'utilisation doit au moins avoir atteint un stade auquel non seulement les mordus d'informatique, mais aussi les consommatrices et consommateurs lambda peuvent y recourir. Il faut donc qu'il existe des offres correspondantes pour le grand public. Avant cela, les auteurs ne seraient pas en mesure de s'imaginer de façon réaliste s'ils entendent, le cas échéant, permettre l'exercice d'un droit d'utilisation par des tiers et, dans l'affirmative, à quelles conditions. – Autrement dit, il n'existe pas de jour J auquel une catégorie d'utilisation jusque-là inconnue devient connue. Au contraire, le doute peut régner durant des années sur la question de savoir si une innovation technique va effectivement s'imposer sur le marché et aboutir à une nouvelle catégorie d'utilisation au sens du droit d'auteur.

... dont on n'a pas la moindre idée

À supposer qu'il s'agisse d'une nouvelle catégorie d'utilisation qui était encore inconnue au moment de la conclusion du contrat d'édition – car c'est ce moment-là qui compte –, la question se pose de la possibilité de l'imaginer. Et celle de savoir comment deux parties peuvent s'accorder sur quelque chose qu'elles ne connaissent pas ni ne peuvent nommer. Et le fait que l'une au moins des parties dispose, de par son métier, d'une imagination pleinement

développée n'est ici d'aucun secours. Car la conclusion d'un contrat repose toujours sur l'échange de déclarations de volonté concordantes.

Même si l'imagination est propice non seulement à la créativité, mais aussi à l'action ciblée, presque tout contrat d'édition pâtit – si l'on réfléchit jusqu'au bout – d'un défaut qui prévoit l'admission de catégories d'utilisation inconnues. Du moins tout contrat dont on ne voit pas clairement à quelle future catégorie d'utilisation au sens du droit d'auteur il se réfère. Tel n'est pas le cas de clauses formulées de façon générale comme celle-ci : « L'éditeur est autorisé à exploiter l'œuvre dans toutes les catégories d'utilisation connues et non encore connues à ce jour. »

Même celui qui participe à un concours ou répond à un appel d'offres conclut un contrat. Les conditions de participation sont souvent trop peu concrètes, en tout cas celles relatives au concours de photo lancé par un fabricant de pâtisseries pour ce qui est des catégories d'utilisation inconnues : « Les participants accordent gratuitement à Kambly les droits d'utilisation illimités, non exclusifs des photos envoyées pour tous les types d'utilisation et médias connus et inconnus actuellement, par exemple à des fins de marketing pour Kambly ou pour l'utilisation dans des supports publicitaires électroniques, sur www.kambly.ch ainsi que dans tous les autres médias et plateformes, y compris sur les réseaux sociaux. » Tout aussi peu légitime serait, pour un concours littéraire faisant miroiter comme premier prix la publication du manuscrit, une formulation selon laquelle l'œuvre sera exploitée un jour d'une manière à laquelle personne n'a (encore) pensé à la date de clôture.

Les contrats portant sur des catégories d'utilisation inconnues ne sont pas simplement invalides

Les contrats qui engagent les autrices et les auteurs de manière aussi excessive ne sont pas simplement nuls ou invalides. Ils ne le seraient d'office, selon le Tribunal fédéral, que s'ils concernaient leur domaine essentiel hautement personnel, leur dignité, leur intégrité corporelle ou leur vie privée. Hors de ce domaine étroitement délimité, la protection prévue à l'art. 27, al. 2, CC de la liberté personnelle de la partie excessivement liée a pour seule fin le refus de l'exécution du contrat.* En d'autres termes, les autrices et les auteurs pourront plus tard, si l'éditeur entend exercer une catégorie d'utilisation encore inconnue, s'y opposer et déclarer qu'ils entendent ne pas respecter le contrat à cet égard. Ce droit ne leur appartient qu'à eux personnellement, non à leurs héritiers.

Le retrait de la permission accordée à la conclusion du contrat pour les catégories d'utilisation inconnues ne réussit toutefois que si l'intensité de l'engagement contractuel doit, objectivement parlant, être considérée comme excessive. Si la liberté économique vient au premier plan, ce qui peut tout à fait être le cas pour la cession de droits d'exploitation inconnus, les tribunaux font preuve de réserve. Ils exigent en fait que les autrices et les auteurs s'exposent ainsi à l'arbitraire des éditeurs ou qu'ils compromettent leur survie économique. Quant à savoir s'ils l'admettraient dans le cas du streaming et d'un contrat d'édition des années 90, cela est écrit dans les étoiles. Quand bien même, à l'époque, rien ne laissait présager même approximativement la catégorie d'utilisation de la mise à disposition du public, ce qui prive les auteurs et les interprètes de la possibilité de mendier une rémunération adéquate. Mais outre l'impondérabilité de l'argumentation fondée sur le droit de la personnalité, il y a encore l'argumentation qui se réfère au droit d'auteur.

Dans le doute, les droits demeurent aux autrices et aux auteurs

Un contrat d'édition ne cède pas « le droit d'auteur ». Ce dernier se morcelle en de multiples droits partiels, la plupart étant des droits d'utilisation. Selon la loi sur le droit d'auteur, on ne peut pas déduire automatiquement du transfert d'un droit partiel donné la cession d'autres droits partiels. Le contrat doit préciser quels droits partiels sont cédés (art. 16, al. 2, LDA). Cela signifie que la liste des droits mentionnés dans un contrat d'édition doit être interprétée de façon restrictive. Lorsque la formulation est floue ou trop large, le principe qui prévaut est qu'en cas de doute, les droits demeurent aux auteurs (*in dubio pro auctore*). En cas de conflit, l'éditeur doit apporter la preuve qu'il dispose d'un droit donné, non défini concrètement, par exemple l'autorisation d'exploitation pour des catégories d'utilisation inconnues.

La théorie de la finalité joue ici un rôle important. Selon celle-ci, en l'absence d'une réglementation claire, il faut se poser la question de la finalité de l'engagement contractuel et de savoir si celle-ci exige la cession d'un droit donné. Dans le cas du contrat d'édition, l'autrice ou l'auteur s'engage à céder à l'éditeur une œuvre protégée par le droit d'auteur à fin de publication. En contrepartie, l'éditeur doit reproduire et diffuser cette œuvre (art. 380 CO). Autrefois, il était clair qu'on entendait par là la fabrication et la diffusion d'exemplaires imprimés d'un livre. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Une œuvre littéraire peut tout à fait atteindre ses lectrices et ses lecteurs uniquement par la voie électronique. Se pose alors la question suivante : la finalité du contrat d'édition est-elle de diffuser une œuvre sous toutes les formes imaginables et inimaginables ? Elle ne l'est évidemment pas, si les contrats dans lesquels les droits de l'auteur sont cédés doivent, en cas de doute, être interprétés en faveur de l'autrice ou de l'auteur.

S'appliquent en outre les règles générales d'interprétation des contrats. À commencer, justement, par l'interdiction de l'engagement contractuel excessif ou la volonté des parties d'aborder les droits et les obligations en rapport avec les catégories d'utilisation futures, ce qui présuppose au moins un début de concrétisation.

En dépit de tout cela, de nombreux contrats élèvent la cession des droits pour les formes inconnues d'utilisation au rang de condition sine qua non pour l'établissement d'une relation contractuelle.

Tirer parti du contexte initial pour les négociations

Sinon à coup sûr le pouvoir effectif de négociation, du moins le contexte juridique initial suggère dans tous les cas de viser une conciliation équitable des intérêts à la conclusion d'un contrat d'édition. La réglementation en vigueur depuis 2008 en Allemagne (§§ 31a, 32c et 137 I D-UrhG) pourrait servir d'exemple à cet égard. Elle prévoit que les droits sur les catégories d'utilisation inconnues mentionnés dans les contrats écrits peuvent être transférés. En contrepartie, l'éditeur s'engage à informer l'autrice ou l'auteur du début d'une telle catégorie d'utilisation. Ces derniers ont alors trois mois pour révoquer la cession de droits correspondante. Plus encore, ils peuvent, jusqu'à leur décès, annuler le transfert des droits sur des catégories d'utilisation futures inconnues. S'ils ne le font pas, l'éditeur doit leur verser une indemnisation équitable pour l'exploitation des nouvelles formes. Celle-ci doit être convenue au cas par cas, ou alors elle correspond à une règle de rémunération commune, un règlement similaire à un tarif, que l'éditeur a négocié, seul ou de concert avec d'autres éditeurs, avec une association représentative des autrices et des auteurs.

Les tarifs ou les règles de rémunération fixés en commun sont réputés en principe équitables. Sinon, le caractère équitable d'une indemnisation est déterminé selon les circonstances du cas d'espèce et devrait être à la fois usuel et loyal. Les montants usuels dans la branche sont à tout le moins des indices d'une indemnisation usuelle. Étant donné que les dédommagements de type buy out ne répondent souvent pas aux intérêts des autrices et des auteurs, ce sont les droits de participation au chiffre d'affaires réalisé qui remplissent le mieux les exigences de loyauté et d'équité, et non, par exemple, le temps ou le travail investis.

Si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une rémunération équitable, l'éditeur n'est pas non plus autorisé à réaliser la nouvelle catégorie d'utilisation.

En ce sens, les autrices et les auteurs de Suisse pourraient aussi négocier sur un pied d'égalité avec leurs éditeurs et faire dépendre d'une indemnisation équitable à négocier ultérieurement la cession du droit sur les catégories d'utilisation inconnues. Si l'éditeur ne l'accepte pas, il reste toujours la variante consistant à limiter le contrat d'édition à une durée raisonnable, par exemple sept à dix ans. Si cela échoue aussi, les autrices et les auteurs ont encore une solution de dernier recours : refuser d'exécuter le contrat pour ce qui est des catégories d'utilisation inconnues lorsque la mise en œuvre de celles-ci commence à se préciser. Une possibilité à laquelle il vaut peut-être la peine de faire gentiment allusion dans les négociations contractuelles pour ne pas ébranler la foi en un avenir commun en bonne intelligence.

Regula Bähler, conseillère juridique de l'AdS

Traduction : Christian Viredaz

* ATF 129 III 209, consid. 2