

## L'OPPORTUNITÉ D'ENCADRER LA COMMANDE

10 août 2020

### SOMMAIRE

- L'origine de l'œuvre
- L'absence d'encadrement de la commande ?
- Le contrat de commande du Code civil
- Créer un droit spécial de la commande

### L'ORIGINE DE L'ŒUVRE

Dans l'imaginaire collectif, l'écrivain ou l'illustrateur est celui qui crée une œuvre, puis se met en quête d'un éditeur dans l'espoir de voir cette dernière publiée. Cette représentation d'un individu créant dans la solitude, puis soumettant son œuvre à un diffuseur dans l'espoir de la voir adoubée par le regard d'un professionnel est valable pour tous les secteurs de la création. Si ce cas de figure existe bien évidemment, les créateurs et créatrices, et ce peu importe leur activité de création, sont aussi à l'inverse confrontés au cas où des entreprises, institutions, établissements, etc. viennent leur demander de créer une œuvre.

Ces deux cas de figure - une œuvre déjà créée ou une œuvre à venir - exacerbent la tension entre vocation et profession, la figure de l'artiste-auteur étant systématiquement renvoyée à une représentation romantique dans laquelle l'acte de création est isolé de toute contingence économique ou toute attente d'un commanditaire.

**De façon inconsciente, l'acte de création est associé à une liberté absolue, quand dans les faits, à partir du moment où un contrat est scellé avec un diffuseur, l'auteur sera soumis à un certain nombre d'impératifs.**

Très souvent dans la pratique, le droit moral de l'auteur est mis à mal du fait du

rapport de force inégal entre un individu et une entreprise. Aussi, l'auteur se voit dans l'obligation de contractualiser des engagements sur le registre du travail (dates de rendu, obligations d'effectuer des tournées et des déplacements, délais de corrections, etc.), et ce pour se conformer aux attentes des industries culturelles, à des échelles différentes. L'auteur est constamment soumis à une tension entre sa vision singulière, impulsée dans son œuvre, mais aussi des contraintes de travail, l'un et l'autre n'étant pas antithétiques.

Ces deux dimensions - vocation et profession - sont les deux facettes d'une même pièce pour les créateurs et créatrices. Aujourd'hui, le Code de la propriété intellectuelle passe sous silence tout une partie de l'activité professionnelle des artistes-auteurs, qui est pourtant l'épicentre de leur quotidien : **le travail de création en amont de la diffusion de l'œuvre.**

Au XXI<sup>e</sup> siècle, les logiques des groupes éditoriaux ont largement évolué avec le marché. Passée une première publication, nombreux sont les auteurs et autrices qui se trouvent dans un processus de professionnalisation : ces derniers peuvent **vivre pour créer, mais aussi créer pour vivre.** Aussi, il n'est pas rare de voir des maisons d'édition en recherche d'auteurs et d'autrices, même pour un premier ouvrage, dans la vue de traiter une thématique précise. Au-delà même des pratiques des industries créatives, les politiques culturelles françaises ne cessent de développer des campagnes, concepts, appels à projets, etc. dans le but de faire travailler des artistes-auteurs. La commande littéraire et artistique est une pratique **déjà existante** et même **impulsée par les institutions.**

Il est regrettable que le Code de la propriété intellectuelle ne tienne pas compte de la forme de production dans laquelle **une œuvre n'est pas encore créée, et pourtant demandée à l'auteur par un diffuseur.** Ce mode de production est très fréquent dans le quotidien professionnel de l'ensemble des artistes-auteurs, et ce dans tous les secteurs de diffusion.

**Le rapport Racine l'a mis en avant : l'économie de la commande est largement majoritaire ! Mais attention, cela ne change rien à propos de l'attribution des droits d'auteur.**

Les auteurs et les autrices conçoivent et réalisent les œuvres, ces dernières sont le prolongement de leur personnalité. **Même si l'œuvre est commandée, elle reste bien la propriété des auteurs et des autrices.**

En l'absence de cadre juridique spécial de la commande, nous sommes donc

contraints de revenir au droit commun des contrats prévu par le Code civil, puisque le Code de la propriété intellectuelle ne traite que de la seconde phase d'exploitation de l'œuvre et du contrat d'exploitation. **Mais le problème systémique auquel est confronté l'ensemble des artistes-auteurs est le manque d'articulation et de cohérence entre les différents codes. Ce morcellement et ce manque de vision d'ensemble rendent leur activité professionnelle extrêmement difficile et chargée d'insécurité juridiques et administratives.**

## **L'ABSENCE D'ENCADREMENT DE LA COMMANDE ?**

Il existe une incohérence frappante du droit qui protège l'auteur parce qu'il est la partie faible du contrat d'exploitation sans toutefois prévoir un cadre juridique pour le protéger davantage au moment de la commande, en amont de la diffusion d'une œuvre. **Ce moment - l'acte de création - est pourtant le cœur battant de l'activité des auteurs et autrices.**

Les évolutions du marché éditorial imposent aux auteurs et autrices un rythme de parutions toujours plus soutenu, et de plus en plus d'obligations qui étaient autrefois assurées par les entreprises : la communication sur internet, les tournées de promotion, la création de produits dérivés ou contenus marketing, des prestations techniques (scan, lettrage, etc.). Pour autant, ce travail supplémentaire ne fait l'objet d'aucune rémunération ou d'aucun encadrement, puisque les contrats d'édition ne sont en réalité que des contrats de cession de droits.

Sans aucun encadrement dans l'édition, on voit se multiplier des contrats de cession mélangeant ce qui relève de la cession de droits à des impératifs qui devraient d'une façon ou d'une autre relever légalement du Code du travail, y compris pour un travail indépendant. Les auteurs se retrouvent souvent dans des situations administratives ubuesques, dans la confrontation entre ce qui relève de la propriété et/ou du travail. Un exemple : une autrice enceinte a droit en pratique à des indemnités pour son congé maternité, mais son contrat d'édition peut imposer des dates de rendu sur la même temporalité. Quel droit prévaut : le droit du contrat ou le droit social ? En l'absence de cadre et de régulation, les conditions économiques et sociales des auteurs se dégradent de façon inéluctable et rapide, que ce soit en termes d'à-valoir (avance sur droits), de rémunération proportionnelle ou de non-recours sociaux.

De plus, le Code de la sécurité sociale ne prévoit que le traitement social des rémunérations versées en contrepartie de l'exploitation de l'œuvre, mais ne dit rien à propos de rémunérations versées pour la commande. Il en résulte que les auteurs

et autrices ignorent comment déclarer cette rémunération... Tantôt l'auteur est rémunéré en tant que micro-entrepreneur sous forme d'honoraires, tantôt il reçoit une avance sur ses droits d'auteur. Or, aucun de ces usages n'est à l'abri de la critique.

Les avances de droits d'auteur (à-valoir) posent un vrai problème juridique lorsqu'elles ne couvrent pas la rémunération proportionnelle (ce qui est fréquent) et lorsqu'elles n'ont plus de cause d'être versées, faute d'exploitation ou en cas de litige durant la période de création.

**Et dans les deux cas, la nature juridique de la rémunération sera remise en cause : est-ce toujours des droits d'auteur, c'est-à-dire des redevances sur l'exploitation de l'œuvre ? La réponse est non en l'état du droit.**

Si les avances ne sont plus la contrepartie de l'exploitation, elles ne peuvent plus être qualifiées de droits d'auteur. **Les jurisprudences en la matière montrent des requalifications sous diverses formes.**

Sont-ce des honoraires ? Si l'auteur est dans une situation de réelle indépendance, sans lien de subordination, dans ce cas l'avance serait requalifiée et il devra recalculer le coût social de la rémunération qui a changé de nature juridique.

Est-ce un salaire ? Oui, si l'auteur est dans une situation où un lien de subordination est avéré. Quel que soit le type de contrat, le lien de subordination se qualifie dès lors qu'une personne peut exercer son pouvoir de direction sur une autre personne. Dans ces cas, l'avance sera requalifiée et le diffuseur devra recalculer le coût social de la rémunération qui a changé de nature juridique.

L'éditeur peut-il demander à l'auteur de rembourser l'avance, car il n'y a pas d'exploitation ? On l'observe dans les pratiques contractuelles, cette pratique devenant de plus en plus courante notamment dans le cas de séries interrompues ou de projets avortés. Juridiquement, comme l'avance est versée en contrepartie de l'exploitation, l'auteur n'est pas à l'abri d'une demande de remboursement de tout ou partie de l'avance dès lors que l'œuvre n'est pas exploitée.

**Une autre difficulté naît alors : cela signifie après coup que l'auteur a accepté d'engager sa force de travail gratuitement et en contractant une dette envers l'exploitant. Il est alors techniquement très contestable d'admettre la validité du contrat initial clairement déséquilibré.**

Idéalement, il faudrait admettre que l'auteur offre doublement sa personne et

prévoir deux cadres juridiques :

- un droit pour le contrat de commande, lorsque l'auteur met à la disposition du commanditaire sa force de travail,
- un droit pour le contrat de cession, lorsqu'il cède ses droits au cessionnaire.

Le second existe déjà au sein du CPI, il ne nous reste alors que le premier à inventer...

Inventer ? Pas exactement, car en réalité ce contrat de commande existe au sein du Code civil depuis 1804.

## LE CONTRAT DE COMMANDE DU CODE CIVIL

L'article 1710 du Code civil prévoit que "le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles".

**Par transposition au secteur du livre, le louage d'ouvrage est un contrat par lequel un auteur ou une autrice s'engage à écrire une œuvre pour un éditeur, moyennant un prix convenu entre eux.**

Au titre de la **commande**, l'auteur s'engage à écrire une œuvre et à la livrer à l'éditeur dans un délai convenu. Il s'engage aussi à faire des modifications, impératif qui existe déjà dans le contrat d'édition actuel.

Au titre de la **cession de droits**, l'auteur s'engage à céder à l'éditeur les droits patrimoniaux nés sur l'œuvre qu'il a créée.

Actuellement, seul le second contrat est rémunéré et seules les rémunérations versées à l'auteur en contrepartie de la cession de droits sont conçues comme des rémunérations entrant dans le champ du régime des artistes-auteurs, sous forme de droits d'auteur uniquement. **Cette absence de cadre a permis le développement des avances, et comme on l'a vu précédemment, ce mode de rémunération est très contestable juridiquement.**

D'ailleurs tous les auteurs et toutes les autrices n'en touchent pas nécessairement, alors même qu'ils sont clairement engagés dans un contrat de commande, ce qui signifie qu'ils travaillent à titre gratuit en attendant plusieurs mois, voire années, que l'exploitation de l'œuvre leur permette de recevoir leurs premiers droits. **Cette situation questionne alors l'équilibre contractuel de la relation auteur et éditeur.**

D'autant plus que le contrat de louage d'ouvrage (ou contrat de commande) est conçu civilement par le prisme de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Autrement dit, quand il a été forgé par les rédacteurs du Code, il était conçu comme un contrat de gré à gré par lequel chacune des parties pouvait négocier les clauses... À l'époque, on n'imaginait pas que l'une des parties puisse être plus faible ou plus forte que l'autre, puisque l'on concevait le contrat de manière utopique en imaginant les parties parfaitement égales...

**Or, le problème est que très généralement, les auteurs et les autrices ne négocient pas les clauses contractuelles : tout comme le contrat de cession, le contrat de commande par lequel ils sont engagés est souvent un contrat d'adhésion !**

Et qui dit "contrat d'adhésion" dit "contrat non négocié", donc imposé par l'un à l'autre : alors évidemment on constatera souvent qu'il est naturellement déséquilibré...

Voilà pourquoi il conviendra alors de rééquilibrer ce contrat à l'aide de dispositions légales plus fortes et plus favorables à la partie faible. Autrement dit, à l'image du droit d'auteur qui encadre le contrat de cession, il faudrait un droit spécial encadrant la commande d'œuvre.

## **CRÉER UN DROIT SPÉCIAL DE LA COMMANDE**

Plusieurs raisons justifient qu'un droit soit créé spécialement pour encadrer la commande.

**Premièrement, la pratique des avances sur droits (à-valoir) paralyse la perception des rémunérations proportionnelles dues aux auteurs et aux autrices.**

Ces auteurs et autrices ont mis leur force de travail à disposition des éditeurs, et pourtant ils sont théoriquement tenus de rembourser des sommes versées à titre d'avance sur leur rémunération proportionnelle, au cas où l'exploitation de l'œuvre est inexistante ou insuffisante.

Dès lors qu'il touche une avance, l'auteur doit franchir un **seuil de vente minimum** en dessous duquel on conçoit qu'il est **débiteur**. À titre d'exemple, si l'auteur reçoit 1000 euros d'avance et perçoit 5% sur un livre à 20 euros (soit 1 euro par livre vendu), il devra alors vendre 1000 exemplaires pour que l'avance soit considérée comme remboursée. Cessant alors d'être débiteur, l'auteur deviendra alors le **créancier** d'une rémunération proportionnelle qu'il percevra à partir de la 1001<sup>ème</sup> vente.

Dès lors, le spécialiste de propriété intellectuelle y verra manifestement **une atteinte au principe de la rémunération proportionnelle** défendu par le Code de la propriété intellectuelle, car l'avance ne constitue ni plus ni moins qu'une rémunération forfaitaire, tant que le seuil de vente minimum préalablement défini n'est pas atteint.

**Deuxièmement, sans cadre, l'éditeur est en mesure de demander à l'auteur ou à l'autrice autant de modifications de l'œuvre qu'il le souhaite, sans rémunération supplémentaire, décalant ainsi l'exploitation de l'œuvre et le paiement des rémunérations dues.**

Comme les auteurs et les autrices sont tenus par cette obligation de procéder aux modifications, ils doivent s'exécuter tout en acceptant que des temps de travail supplémentaires ne feront l'objet d'aucune rémunération, puisqu'ils sont rémunérés en corrélation des bénéfices dégagés par l'œuvre exploitée et pas du temps de travail.

Notons que certains contrats prévoient que l'éditeur dispose d'un droit de refuser le manuscrit commandé. Cette forme de levée d'option est extrêmement défavorable à l'auteur. Ce dernier est alors tenu de rembourser l'avance touchée dès lors qu'en l'absence d'exploitation, il décidera de contracter une cession avec un autre éditeur...

**Ce déséquilibre manifeste du contrat ne serait pas admis dans d'autres secteurs d'activité. Comparons et imaginons un cas classique : un artisan a reçu d'un client la commande d'une cuisine sur mesure.**

Il reçoit un acompte et fabrique ladite cuisine. Cependant, lorsqu'il l'a terminée, son client lui demande finalement des ajustements, lesquels, qu'ils soient minimes ou manifestes ne feront l'objet d'aucune rémunération supplémentaire. Plus tard, le client ne veut plus de la cuisine : il autorise cependant l'artisan à conserver son acompte, mais si celui-ci parvenait à la vendre à un autre client, alors il devrait rembourser l'acompte...

Bien qu'historiquement le monde littéraire et artistique se soit émancipé du monde artisanal, cette comparaison ne manque pas de surprendre, et pourtant c'est bien le quotidien de nombreux auteurs et autrices privés d'un cadre légal plus protecteur de leurs conditions de travail.

**Enfin, troisièmement, il conviendrait que les rémunérations versées en contrepartie**

de la commande soient soumises aux mêmes taux de cotisation du régime artistes-auteurs pour faciliter leur déclaration sociale et éviter toutes difficultés juridiques.

À propos du traitement social des revenus, la [circulaire N° DSS/5B/2011/63 du 16 février 2011](#) rappelle les activités dont les rémunérations (revenus artistiques) entrent dans le champ du régime des artistes-auteurs et précise les modalités de prise en compte des rémunérations accessoires. Au-delà de la différence entre revenus principaux et accessoires, il faut également distinguer “droits d’auteurs” et “revenus artistiques”.

Les **droits d’auteurs** sont les sommes versées en contrepartie de l’exploitation des œuvres et impliquent nécessairement une cession des droits. (Articles L. 382-4 et R. 382-17 du code de la sécurité sociale). Ils sont considérés comme des **revenus principaux**.

Les **revenus artistiques** sont ceux qui sont versés dans le cadre de l’activité d’auteur : ils ne sont pas obligatoirement la contrepartie de la cession de droits, mais ils englobent les droits d’auteurs. Ils peuvent être perçus à titre **principal** ou à titre **accessoire**. En ce sens, certains artistes-auteurs (plasticiens, photographes notamment) ont obtenu que la **rémunération tirée d’un contrat de vente** de l’œuvre soit considérée comme un revenu artistique principal, alors même que le contrat de vente de l’œuvre n’emporte pas cession des droits. D’ailleurs, fiscalement les taux de TVA ne sont pas les mêmes puisque le taux est à 5,5% pour les ventes d’œuvres contre 10% pour les droits d’auteur. En outre, au sein de ces revenus artistiques, on compte aussi les “**revenus accessoires**”. Précisément définis par la circulaire visée, ces revenus sont rattachés de manière dérogatoire au régime artistes-auteurs, pour des activités qu’on estime entrer dans le champ de leur activité professionnelle : rencontres publiques, débats, cours et interventions scolaires...

Afin de clarifier la situation juridique de la rémunération versée en contrepartie du contrat de commande (conception et création d’une œuvre), il s’agirait d’admettre d’abord qu’elle ne relève pas juridiquement des redevances (droits d’auteur), mais qu’elle entre bien dans le cadre des revenus artistiques. Elle doit être considérée comme un revenu à titre principal, au même titre que la rémunération versée en contrepartie de la vente de l’œuvre, et **être traitée socialement et fiscalement dans le régime artistes-auteurs, comme une rémunération d’amont et non d’aval**.

Notons qu’au Québec, cette différence entre rémunération de la commande et rémunération de l’exploitation est effective, ce qui a d’ailleurs permis une gestion très simple des artistes et des aides attribuées au moment de la crise du Covid 19 :



une différence était faite entre les rémunérations touchées pendant le travail de création, et les redevances touchées au titre de l'exploitation. Cela a réglé le problème du décalage temporel des rémunérations sur l'exploitation qui peuvent tomber quand bien même un artiste-auteur n'est pas en activité.

## CONCLUSION

Partant du constat que les auteurs et autrices sont **les parties faibles des contrats de commande et de cession**, la Ligue milite pour mettre en place un **véritable droit de la négociation collective** qui permettrait aux auteurs et autrices d'être plus forts lors de la signature de leurs contrats. Cela demande la reconnaissance d'une **véritable branche professionnelle** pour l'ensemble des créateurs et créatrices ainsi qu'une **représentativité clarifiée**.

La Ligue considère que seule **la négociation collective** permettra de rééquilibrer les relations contractuelles entre auteurs et éditeurs, relations naturellement déséquilibrées, comme l'admet le législateur au sein même du Code de la propriété intellectuelle à propos du contrat d'exploitation au sein duquel l'auteur est considéré comme une partie faible.

Par effet d'ondulation, les auteurs et autrices sont également les parties faibles du contrat de commande, ce qui justifie qu'un encadrement spécifique négocié collectivement soit mis en œuvre concernant les conditions du travail créatif. Ce cadre permettra alors de renforcer la protection des auteurs et autrices menacés par la pratique de l'à-valoir, source d'insécurité juridique.