

Exploitations numériques : l'évolution contractuelle

Longtemps attendus, les nouveaux modes d'exploitation de la musique en ligne (Internet, téléphonie mobile, VOD...) inondent à présent le marché et ne cessent de se multiplier : phonogrammes et vidéoclips en téléchargement ou en streaming à la demande sur ordinateurs ou téléphones mobiles, webradios, podcasting, personnalisation musicale de téléphones mobiles (logos, sonneries, ringback tones, annonces d'accueil, dédicaces...) et la liste ne cesse d'augmenter.

Tour à tour perçues comme des modes d'exploitation complémentaires, comme des outils promotionnels, voire des palliatifs du manque à gagner entraîné par les téléchargements sur réseaux *peer to peer*, les nouvelles formes d'exploitation de la musique sur le réseau Internet et sur les téléphones mobiles ont démontré leur importance au cours de l'année 2005 de par leur succès exponentiel d'un point de vue commercial et populaire. Avec 6 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché mondial de la musique au cours des six premiers mois de l'année 2005 (cf. Snep, « *Le marché du disque pour les premiers mois 2005* »), les ventes numériques ne peuvent plus être ignorées et sont, à court terme, amenées à représenter une part significative des revenus de la filière musicale.

Ces modes d'exploitation impliquent de nouveaux enjeux juridiques, économiques et financiers, de sorte que la rédaction des différents contrats de la musique nécessite de porter une attention toute particulière à des problématiques jusque-là inédites, tenant notamment à la promotion des artistes en ligne, à la protection des fichiers musicaux, à la multiplicité des formats et à l'interopérabilité des systèmes, et enfin au droit moral des auteurs et des artistes-interprètes.

Nous vous proposons donc une synthèse des nouveaux éléments clés à prendre en considération dans le cadre de la négociation et de la rédaction des contrats de la musique.

• Le contrat d'enregistrement

Le contrat d'enregistrement liant l'artiste-interprète au producteur de phonogrammes doit, bien entendu, viser l'ensemble des exploitations envisagées, en termes de supports et de modes de diffusion. En effet -



est-il utile de le rappeler ? - le principe de spécialité applicable aux cessions de droits est toujours de rigueur et, à défaut d'autorisation spéciale de l'artiste, point d'exploitation possible. Au demeurant, certaines exploitations comportant un risque au regard du droit moral de l'artiste (ex : les sonneries monophoniques ou les ringback tones), il est indispensable de lui faire valider certains contenus au cas par cas, préalablement à leur diffusion.

En termes de nouveaux supports numériques, l'autorisation de reproduction doit désormais couvrir les reproductions à destination des sites Internet et WAP, des téléphones mobiles, des baladeurs numériques (...) et donc les fixations sur serveurs informatiques, disques durs ou sur tout type de mémoires informatiques (on pense notamment aux mémoires flash et aux cartes mémoires de type SD, MMC, Memory Sticks), étant entendu qu'une telle précision, nécessairement limitative, ne sera pas forcément avantageuse pour le producteur, sauf à prévoir que la liste des supports mentionnés est

fournie à titre purement indicatif et non exhaustif, et à ne pas omettre de prévoir une rémunération corrélative à chaque mode d'exploitation. Les facultés divinatoires des négociateurs et rédacteurs de contrats étant malheureusement limitées, on ne peut qu'encourager l'insertion d'une clause emportant autorisation d'exploitation des enregistrements sur tout nouveau support à venir et à destination notamment des micro-ordinateurs, téléphones mobiles, PDA, baladeurs, set-top box (décodeurs numériques avec ou sans disque dur).

Par ailleurs, bien que les fixations techniques et provisoires, indispensables à une exploitation numérique (principalement les copies temporaires effectuées sur les serveurs des réseaux numériques pour permettre l'acheminement du fichier), ne devraient pas donner prise au droit exclusif de l'artiste-interprète (cf. directive DADVSI du 22 mai 2001), il est recommandé, dans l'attente de la transposition effective d'une exception couvrant les copies techniques sans valeur économique propre, de prévoir qu'elles sont



autorisées par l'artiste, sans pour autant donner lieu à rémunération.

Au titre du droit de communication, il convient de prévoir le droit de diffuser au public les prestations de l'artiste-interprète, en totalité ou par extrait, sur tout service d'écoute en ligne (y incluant les sites Internet, WAP, portail de TV/ADSL...) à la demande ou dans le cadre d'une programmation musicale, étant toutefois rappelé que l'autorisation de l'artiste-interprète n'est pas requise pour l'exploitation par radiodiffusion de phonogrammes du commerce, laquelle est couverte par la licence légale prévue par l'article L.214-1 du Code de la Propriété intellectuelle.

Chacun de ces modes d'exploitation doit être assorti d'une rémunération spécifique, laquelle doit en principe être proportionnelle aux revenus de l'exploitation. Pour les téléchargements, il peut être fait référence au « taux de base » applicable à la vente d'exemplaires physiques, moyennant application d'un abattement sur l'assiette de rémunération (soit le prix de gros hors taxes catalogue en cas d'exploitation directe par le producteur, soit les sommes encaissées par ce dernier en cas de licence) compte tenu des frais inhérents aux exploitations numériques supportés par le producteur (numérisation, encodage, bande passante, frais d'hébergement et de protection du fichier...). Par ailleurs, les rémunérations relatives à ces modes d'exploitation devront apparaître dans les états de redevance adressés à l'artiste, étant entendu qu'il sera préférable de faire apparaître distinctement les comptes propres à chaque

L'exploitation en ligne des vidéos musicales doit également être encadrée et il est indispensable de s'assurer que l'autorisation d'utilisation de l'image de l'artiste permette de commercialiser des fonds d'écran, MMS, vidéos, sonneries-vidéos aussi largement que possible, sachant que l'autorisation préalable de l'artiste-interprète est ici encore de rigueur. L'exemple du succès des logos (fixes et animés) pour téléphones mobiles invite à prévoir une autorisation aussi exhaustive que possible, le droit à l'image étant lui aussi d'interprétation stricte.

S'agissant de la promotion de l'artiste, il est recommandé de prévoir précisément les conditions dans lesquelles le producteur ou l'artiste pourront exploiter un site Web dédié, ainsi que les modalités d'enregistrement - voire de restitution - des noms de domaine composés du nom ou du pseudonyme de l'artiste. Là encore, il conviendra de prévoir une rémunération au bénéfice de l'artiste pour le cas où des recettes seraient réalisées à partir d'un tel site (recettes publicitaires, parrainage, téléchargement de titres, merchandising et goodies...).

• Le contrat de prestation technique

En lieu et place du pressage, la distribution numérique de contenus musicaux nécessite de numériser et de compresser les enregistrements, voire d'y inclure un DRM (voir encadré ci-dessous), suivant les standards et formats du marché. Par ailleurs, certains prestataires peu-

À noter qu'à ce stade, la détermination des formats et systèmes de protection des fichiers revêt une importance toute particulière.

D'un point de vue contractuel, il convient de prévoir précisément :

- le format des supports physiques des enregistrements musicaux et autres contenus (images, animations, vidéoclips...) transmis par le producteur au prestataire;
- les formats et qualité des fichiers (en termes de codecs, de niveaux de compression, de résolutions...);
- l'obligation ou non d'inclure un DRM à chaque fichier (étant entendu que, pour certaines exploitations, le DRM peut être inclus durant la phase de transmission du fichier vers le terminal du consommateur (insertion dite « à la volée »);
- les conditions de stockage des fichiers, en termes notamment d'espace alloué, de situation géographique des serveurs, de taux de disponibilité, d'infrastructure réseau, de sécurité;
- le processus permettant la transmission des fichiers vers les serveurs des distributeurs choisis par le producteur;
- la prise en charge des frais de licence afférents au DRM, étant entendu que certains éditeurs de solutions de DRM se font rémunérer non pas au titre de la seule implémentation du DRM, mais au titre de la commercialisation de fichiers comportant des DRM, auquel cas c'est la plate-forme de distribution qui doit supporter le coût du DRM;
- le cas échéant, le suivi marketing. Si le contrat de prestation technique

ploitation envisagée. En ce sens, le contrat de distribution numérique s'assimile plus à un contrat de licence qu'à un contrat de distribution « classique ».

Cela implique, encore une fois, de prévoir avec précision les exploitations qui pourront être entreprises par les distributeurs (plates-formes de téléchargement légal, opérateurs...) et de déterminer les conditions techniques et financières des dites exploitations.

Le contrat devra donc notamment prévoir :

- le mode de distribution numérique : téléchargement en intégralité ou par extraits ; diffusion en streaming (sans téléchargement durable) à la demande, « quasi » à la demande ou au sein d'une programmation préétablie (webradio), podcasting (voir encadré page 53);
- le format des fichiers à fournir au distributeur numérique, étant entendu que, compte tenu du manque d'interopérabilité de certains formats, la diversité des fichiers permet de viser un public plus large;
- la destination de la distribution : ordinateurs et/ou téléphones mobiles et/ou baladeurs numériques;
- les conditions dans lesquelles des extraits pourront être communiqués au public en vue de motiver leur achat;
- la concession des droits nécessaires aux exploitations envisagées, à titre exclusif ou non exclusif (sous réserve du respect du droit de la concurrence), le contrat devant bien entendu viser les supports de reproduction et les modes de communi-

L'autorisation de production doit désormais couvrir les reproductions à destination des sites Internet et WAP, des téléphones mobiles, des baladeurs numériques (MP3) et donc les fixations sur serveurs informatiques, disques durs ou sur tout type de mémoires informatiques.

sonores, interviews, fonds d'écran et économiseurs d'écran... Ici encore, une rémunération particulière devra être prévue, tant au titre des séances d'enregistrement que de la cession des droits d'exploitation.

vent proposer l'hébergement des fichiers compressés, en vue de permettre leur communication ultérieure à des distributeurs dans des conditions optimales de sécurité et de rapidité.

doit nécessairement prévoir une autorisation au bénéfice du prestataire technique pour effectuer les reproductions nécessaires des éléments fournis par le producteur, le contrat devra bien préciser qu'une telle autorisation n'est consentie que pour les seuls besoins de l'exécution des prestations, et surtout prévoir le sort des fichiers à l'issue du contrat.

• Le contrat de distribution numérique

Contrairement au monde « réel » où la distribution implique la fourniture des supports physiques par l'éditeur phonographique, la distribution de produits numériques est totalement dématérialisée et ne nécessite que la fourniture d'un fichier informatique incorporant un enregistrement, assorti des droits nécessaires à l'ex-

- la concession des droits nécessaires aux exploitations envisagées, à titre exclusif ou non exclusif (sous réserve du respect du droit de la concurrence), le contrat devant bien entendu viser les supports de reproduction et les modes de communication au public autorisés;
- les conditions financières, étant entendu que la rémunération du producteur sera en principe constituée d'un pourcentage sur le prix de vente hors taxes, éventuellement assorti d'un minimum garanti;
- le cas échéant, l'obligation d'insertion d'un DRM à tout fichier distribué, auquel cas il conviendra de bien détailler les conditions de DRM applicables;
- les modalités de reddition et de contrôle des comptes;
- le positionnement des titres au sein de l'offre (la tête de gondole étant ici remplacée par la page d'accueil du service) et les conditions d'utilisation des pochettes de disques;
- le sort des données personnelles des consommateurs ayant accédé aux titres;
- l'obligation de déclaration et de

DRM : intérêts et enjeux

L'acronyme DRM, pour Digital Right Management, désigne des systèmes de gestion et de protection des droits numériques. Le DRM, lorsqu'il est attaché à un fichier, permet d'en limiter l'utilisation ("versioning") et la circulation selon des règles définies au préalable par l'exploitant. Le DRM permet par exemple de limiter le nombre de gravures et de transferts possibles d'un fichier musical donné (vers des ordinateurs, PDA, téléphones mobiles, baladeurs...) voire d'empêcher la fixation d'un fichier musical diffusé en streaming.

A noter que la loi de transposition de la directive DADVSI du 22 mai 2001 devrait prévoir, pour les actes de contournement des DRM, des actions identiques à celles applicables à la contrefaçon d'œuvres. En contrepartie, les DRMS ne doivent - sauf cas particulier - pas priver les utilisateurs du bénéfice de l'exception pour copie privée. Délicat exercice d'équilibriste...



paiement auprès des sociétés de gestion des droits des auteurs et des éditeurs.

À noter que l'exploitation sur les réseaux numériques de phonogrammes ou de vidéoclips ne nécessite pas toujours l'autorisation directe du producteur, dès lors que tant la SCPP que la SPPF disposent de mandats leur permettant d'autoriser certaines utilisations relevant alors de la gestion collective (par exemple pour la mise à disposition d'extraits de phonogrammes sur sites Internet).

Les contrats avec les sociétés de gestion et de perception des droits

Les exploitations numériques en ligne mettent également en cause, selon le cas, les droits des auteurs, des éditeurs et des artistes-interprètes, lesquels font le plus souvent l'objet d'une gestion collective par les sociétés de gestion et de répartition des droits (SPRD) établies.

S'agissant des auteurs/éditeurs, l'exploitant d'un service de distribution numérique devra prendre attache avec la Sacem (y incluant la SDRAM et le Sesam) aux fins de conclure un contrat d'autorisation propre au mode d'exploitation envisagé. La Sacem (ou le Sesam, selon le cas) propose ainsi des contrats types pour les diffusions numériques en flux continu (webradios et webTV), les services de téléchargement et/ou d'écoute à la demande, l'illustration sonore de sites Web, la distribution de sonneries, de mes-

sages d'accueil, de dédicaces ou encore de ringback tones pour téléphones mobiles... Un contrat d'autorisation spécifique au podcasting devrait même être proposé par la Sacem début 2006. Attention toutefois, l'autorisation délivrée ne couvre pas nécessairement tout le catalogue de la Sacem, dès lors que ses sociétaires ont la faculté - certes encadrée - de soustraire certains de leurs droits, par exemple ceux afférents aux exploitations numériques, à la gestion collective. Par ailleurs, l'autorisation de la Sacem connaît certaines limites : le respect de l'œuvre reste de rigueur et dans ses contrats, la Sacem ne manque pas rappeler que le droit moral de l'auteur demeure réservé.

Si la grande majorité des utilisations numériques des phonogrammes nécessite l'autorisation préalable de leurs producteurs, la plupart d'entre eux ont confié à la SCPP ou à la SPPF des mandats spéciaux (et facultatifs) permettant à l'une ou l'autre de ces sociétés de gestion d'autoriser certaines exploitations numériques, notamment telles que l'utilisation de phonogrammes à des fins de sonorisation d'un site Internet, la mise à disposition d'extraits de phonogrammes ou de vidéoclips sur sites Internet, ou encore l'utilisation de phonogrammes dans le cadre de services audiotels. En revanche, la mise à disposition de phonogrammes en intégralité (« full-track ») sur sites Internet et les exploitations sur téléphones mobiles ne relèvent pas des mandats SCPP et SPPF. Pour ces exploitations, l'éditeur du service musical devra rechercher directement l'autorisation des producteurs concernés. Pour les autres, l'éditeur devra conclure un contrat général d'intérêt commun avec la SCPP ou la SPPF, en prenant soin de bien

vérifier l'existence et l'étendue de leurs mandats (à titre d'exemple, pour les extraits en ligne, la durée des extraits diffère de 30 à 90 secondes selon les mandats).

À noter, les contrats afférents aux exploitations numériques proposés par la SCPP et la SPPF comportent généralement une garantie contre tout recours au titre des droits d'exploitation de l'artiste-interprète. Reste que les producteurs ne peuvent gérer l'intégralité des droits de leurs artistes-interprètes et que certaines exploitations Imposeront par ailleurs de prendre attache avec l'Adami ou la Spedidam.

Si les SPRD françaises ne s'illustrent pas par leur diversité, l'exploitant de services musicaux en ligne pourrait à terme pouvoir faire jouer quelque peu la concurrence entre SPRD européennes, à l'invitation de la Commission européenne qui prône l'ouverture de la concurrence entre SPRD européennes, en encourageant la création d'une « licence multi-territoriale » (recommandation de la Commission européenne du 18 octobre 2005). Si les exploitants se réjouiront sans doute de pouvoir faire du « forum shopping », les auteurs français pourraient pour leur part pâtir d'une telle ouverture communautaire. En effet, sauf à ce que la France suive le modèle proposé par la Commission (rien n'est moins sûr), certains prédisent que les plates-formes de distribution paneuropéennes se contenteront de distribuer les catalogues couverts par la licence multi-territoriale, et donc prioritairement des œuvres anglo-saxonnes. La diversité culturelle est décidément bien difficile à préserver.

Julie Jacob et Benjamin Jacob, avocats à la Cour

Le podcasting en résumé

Le podcasting (expression née du néologisme entre "ipod" et "broadcasting") est un mode de

distribution de contenus audio ou vidéo via Internet, par flux RSS (Real Simple Syndication, qui désigne des formats de syndication de contenus). L'internaute doit s'abonner au fil RSS d'un éditeur, lequel transfère automatiquement les fichiers mis à disposition par l'éditeur vers l'ordinateur (ou, pourquoi pas, le téléphone mobile) de l'internaute, par voie de téléchargement. Le podcasting musical implique la reproduction (non provisoire) des contenus mis à disposition sur le terminal de l'internaute et donne donc prise aux droits exclusifs des auteurs, artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes. Le modèle économique et commercial du podcasting reste toutefois à trouver...

