

FICHE PRATIQUE

centre
national
de la musique

De la captation d'un spectacle à son exploitation

Média, VOD, livestream



Auteur de la fiche
Pierre ÉMAILLE,
Avocat à la Cour

Février 2021

www.cnm.fr

 @Le_CNM

L'objet de la présente fiche est de présenter les règles applicables et les questions à se poser en matière de captation de spectacles, notamment au niveau des « chaînes de droits » et des conventions collectives applicables. Dans un second temps, elle se penche sur le cas particulier du livestream.

SOMMAIRE

Qu'est-ce qu'une captation ?	3
Qui en sont les contributeurs ?	3
Le statut juridique de la captation audiovisuelle	4
Le producteur de la captation et les entrepreneurs de spectacles	5
Les bases du droit d'auteur applicables au cas des captations live	6
Autorisation auprès des titulaires de droits d'auteur	7
Le cas particulier de captation à visée d'archivage/conservation	8
Engagement & autorisation auprès des titulaires de droits voisins	9
Intervention des sociétés de gestion collective :	10
Quelle convention collective appliquer lors de l'enregistrement d'une captation audiovisuelle ?	11
Précision concernant les droits voisins	12
Le droit à l'image	13
Le livestream	14
Boîte à outils	18
Que faire lorsque rien n'a été prévu avant la captation ? .	19

QU'EST-CE QU'UNE CAPTATION ?

On entend par « captation » d'un spectacle vivant, son enregistrement tel qu'il a été conçu afin d'être représenté devant un public, présent ou non lors de la captation et qu'elle ait lieu ou non à l'endroit où le spectacle a été ou sera présenté en public.

- La captation peut être sonore (son uniquement) ou audiovisuelle (son et vidéo).
- Son exploitation peut être commerciale (billetterie payante), et/ou promotionnelle¹ (diffusée à titre d'information), et/ou à des fins d'archivage (dépôt légal, bibliothèque).
- Sa diffusion peut intervenir en direct ou en différé et s'effectue principalement sur des médias linéaires (télé hertzienne, TNT, radio, DAB), sur des services en ligne (plateforme VOD, streaming) ou via la fixation de l'enregistrement sur support (DVD, CD).

QUI EN SONT LES CONTRIBUTEURS ?

La captation audiovisuelle est la conjonction (et l'aboutissement) d'une multitude de créations originales réalisées par une multitude de contributeurs ; parmi eux :

- **les auteurs du spectacle** (L. 131-3 et L. 132-24 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ou CPI) : compositeurs, chorégraphes, auteurs des textes et/ou des paroles et/ou adaptateurs, auteurs des arts de la rue, metteurs en scène ... ou leurs héritiers en cas du décès de l'un des coauteurs ;
- **les artistes-interprètes et/ou musiciens** pour ce qui concerne leur prestation-interprétation (L. 212-3 et L. 212-4 et suivants du CPI) et leur image (le droit à l'image et la jurisprudence se fondant sur l'article 9 du Code civil) ;
- **les producteurs de phonogrammes et/ou vidéogrammes** (L. 213-1 du CPI) pour ce qui concerne les supports qu'ils ont produits et qui sont utilisés – le cas échéant – dans le spectacle capté ;
- **le producteur du spectacle vivant** pour ce qui concerne l'exploitation d'un spectacle qu'il a financé et produit (le producteur n'étant en revanche pas titulaire de droits voisins) ;
- **les exploitants du lieu où le spectacle est capté** pour ce qui concerne l'exploitation de l'image du lieu, que ce soit pour la fixation sur un support DVD ou la diffusion/retransmission – notamment en (live)streaming ;

¹ Se référer aux définitions des spectacles et captations promotionnels inscrites dans les conventions collectives du spectacle vivant privé et de l'édition phonographique.

- **les spectateurs isolés par des effets de réalisation**, dès lors que la personne filmée est reconnaissable, elle doit avoir autorisé la reproduction et la diffusion de son image ;
- **les auteurs mêmes de la captation** (L. 113-7 du CPI – se référer au paragraphe suivant sur les « coauteurs présumés » de l'œuvre audiovisuelle).

LE STATUT JURIDIQUE DE LA CAPTATION AUDIOVISUELLE

La captation audiovisuelle obéit au régime juridique particulier de l'« **œuvre audiovisuelle** » pour laquelle la loi identifie une liste **des coauteurs présumés** (L. 113-7 du CPI) : « *l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales spécifiquement réalisées pour l'œuvre et le réalisateur* ».

Cette liste n'établit qu'une **présomption simple** non figée : par exemple, il n'y a pas d'auteur de scénario pour la captation d'un spectacle. Elle n'est pas non plus limitative : ainsi, d'autres contributeurs – non cités – peuvent estimer avoir (et revendiquer, le cas échéant, devant les tribunaux) le statut de coauteur d'une œuvre audiovisuelle de par l'importance (à justifier) de leurs contributions dans cette dernière.

Ainsi, ont réussi dans certains cas (justifiés par des circonstances de fait suffisantes) à convaincre des juges de leur qualité de coauteurs des scénographes, costumiers, décorateurs...

Le législateur a prévu (L. 132-24 du CPI) que **la signature d'un « contrat de production audiovisuelle » emporte présomption de cession des droits pécuniaires des auteurs au producteur**. Pour autant, une rémunération doit être prévue pour chaque mode d'exploitation, conformément au formalisme strict imposé par le CPI en matière de cession de droits (*cf. Autorisation auprès des titulaires de droits d'auteur*). Cette présomption de cession a été instaurée afin de faciliter les négociations du producteur audiovisuel avec les diffuseurs de la captation audiovisuelle – notamment, par exemple, les plateformes de diffusion pour ce qui concerne le streaming et le livestream.

Attention : les droits de l'auteur de la composition musicale, les droits graphiques (exploitation d'une partition) ainsi que les droits théâtraux sur l'œuvre ne sont pas soumis à cette présomption.

LE PRODUCTEUR DE LA CAPTATION ET LES ENTREPRENEURS DE SPECTACLES

Le producteur du spectacle, après avoir obtenu l'ensemble des autorisations nécessaires auprès des contributeurs, peut procéder lui-même à l'enregistrement de son spectacle en faisant appel à un prestataire technique extérieur : le producteur de spectacle endossera alors le rôle de producteur audiovisuel.

Il faut veiller dans ce cas à faire signer à ce prestataire un contrat de cession de droits en bonne et due forme (cf. le *paragraphe suivant*), afin de pouvoir réaliser l'ensemble des exploitations envisagées.

L'article L. 132-23 du CPI définit le producteur d'une œuvre audiovisuelle comme étant la personne physique ou morale prenant l'initiative et la responsabilité – notamment financière –, de la réalisation de l'œuvre ; depuis 1985, le producteur de l'œuvre audiovisuelle est présumé cessionnaire des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle (article L. 132-24 du CPI) : cette cession prend la forme d'un contrat écrit.

Le producteur du spectacle peut aussi faire appel à – voire être sollicité par – un producteur audiovisuel de deux façons :

- en qualité de coproducteur : en signant avec le producteur audiovisuel un contrat de coproduction au titre duquel il participera au financement de la captation moyennant la négociation d'une part des recettes d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle et obtiendra par ailleurs des droits voisins (cf. *infra Autorisation auprès des titulaires de droits voisins*) ;
- en négociant avec lui une « simple » autorisation de filmer son spectacle, moyennant rémunération : tout est possible en termes de négociation, du simple forfait à la négociation de point(s) sur les recettes d'exploitation.

C'est le producteur de la captation (ou les coproducteurs) qui est (sont) propriétaire(s) du master de l'enregistrement original – il a d'ailleurs une obligation légale de conserver ce master en bon état. C'est à ce titre – et sous réserve d'avoir obtenu toutes les autorisations nécessaires auprès de l'ensemble des contributeurs dans les formes prévues par la loi – qu'il va pouvoir céder des droits d'exploitation à différents interlocuteurs (éditeurs, distributeurs, diffuseurs audiovisuels...).

LES BASES DU DROIT D'AUTEUR APPLICABLES AU CAS DES CAPTATIONS LIVE

Du simple fait de sa création, un auteur bénéficie :

De **prérogatives d'ordre moral** (L. 121-1 du CPI) perpétuelles, inaliénables (c'est-à-dire incessibles) et imprescriptibles (ce droit ne se perd pas par le non-usage) lui accordant :

- un **droit de divulgation** : droit de choisir quand l'œuvre sera divulguée au public et dans quelles conditions ;
- un **droit de paternité** : droit à ce que son nom soit cité au générique de l'œuvre ;
- un **droit au respect de son œuvre** : impossibilité d'adjoindre, de modifier, de supprimer tout ou partie de son œuvre sans lui demander l'autorisation.

Il existe aussi un **droit de repentir ou de retrait** qui peut être exclusivement mis en œuvre pour faire respecter le droit moral (et non les droits pécuniaires) et dont la mise en œuvre particulière (et rare) ne sera pas abordée ici.

De **prérogatives d'ordre patrimonial** permettant à l'auteur d'obtenir rémunération pour l'exploitation de ses créations au titre :

- du **droit de reproduction** : c'est-à-dire de la fixation matérielle de l'œuvre sur quelque support que ce soit, par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte (L. 122-3 du CPI). **Attention** : l'accord de l'auteur est nécessaire pour chaque type de reproduction ;
- du **droit de représentation** : c'est-à-dire de la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque (L. 122-2 du CPI). **Attention** : une autorisation est nécessaire pour chaque type d'exploitation, que la communication soit directe (lors d'un concert) ou indirecte (retransmission).

Toute personne qui a imaginé, conçu et/ou mis en forme un ouvrage marqué de sa sensibilité personnelle peut, dans une mesure qu'il convient d'apprécier à la situation et selon un ensemble de preuves – soumises le cas échéant « à l'appréciation souveraine des juges du fond » –, revendiquer une protection au titre du droit d'auteur, sans formalité, dès lors que son œuvre présente un caractère d'**originalité** (L. 111-1 du CPI).

Toute représentation, reproduction ou exploitation de l'œuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit (personne(s) à qui l'auteur a cédé ses droits dans le cadre d'un contrat de cession de droits d'auteur) est illicite (L. 122-4 du CPI) et constitue une contrefaçon.

La contrefaçon est constituée par la reproduction, la représentation ou la diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur tels qu'ils sont définis et règlementés par la loi (L. 335-3 du CPI).

La durée de protection du droit d'auteur s'applique durant la vie de l'auteur et 70 ans à compter de sa mort au bénéfice de ses ayants droit.

AUTORISATION AUPRÈS DES TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR

La totalité des auteurs de créations originales – bénéficiant à ce titre de la **protection par le droit d'auteur** – doit avoir cédé les droits de capter (d'enregistrer) leur(s) contribution(s) et de les utiliser dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle que constitue la captation du spectacle.

Les autorisations des auteurs – ou des ayants droit comme un éditeur s'étant fait céder le droit d'adaptation audiovisuelle par un auteur-compositeur par exemple – doivent **impérativement** prendre la forme de « **contrats de cession de droits d'auteurs** » dont le formalisme est strictement encadré par le CPI.

Aussi, pour que ce contrat soit valable, il faut veiller à ce que soient définis (L. 131–3 du CPI) :

1) chacun des **droits cédés** – à titre exclusif ou non exclusif – c'est-à-dire :

- le droit de reproduction,
- le droit de représentation,
- les droits d'utilisations secondaires (merchandising) ;

2) chacun des **modes d'exploitation envisagés dans le cadre de l'utilisation de ces droits** (conformément au principe jurisprudentiel d'interprétation stricte des cessions, cf. L. 122–7 du CPI), c'est-à-dire :

- télédiffusion (satellite, hertzien, câble, numérique...),
- *pay per view*, VOD,
- vidéo (DVD),
- autres : diffusion par les compagnies aériennes, le réseau des ambassades... ;

3) le **domaine d'exploitation envisagé** des droits cédés, défini **impérativement** quant à :

- son **étendue** (diffusion sur Internet, câble, hertzien...),
- sa **destination** (usage privé, public...),
- son **lieu d'exploitation** (étendue géographique de la cession),
- sa **durée** : généralement entre 3 et 20 ans (la cession ne peut être illimitée).

Par ailleurs, la rémunération des auteurs est en principe obligatoire (L. 131–4 du CPI) ; si une autorisation d'utilisation à titre gracieux est possible, elle doit impérativement faire l'objet d'un écrit signé.

En cas d'exploitation commerciale, la rémunération doit être :

- proportionnelle aux recettes d'exploitation ;
- **prévue pour chaque mode d'exploitation inscrit dans le contrat.**

Le producteur peut prévoir un minimum garanti récupérable ou non (selon la négociation) sur les pourcentages négociés au titre de chacune des exploitations envisagées.

En cas d'exploitation non commerciale, la rémunération sera forfaitaire puisqu'il n'y aura pas de recettes d'exploitation.

LE CAS PARTICULIER DE CAPTATION À VISÉE D'ARCHIVAGE/CONSERVATION

« Lorsqu'une œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire la reproduction d'une œuvre effectuée à des fins de conservation ou destinée à préserver les conditions de sa consultation sur place par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial » (article L. 122-5 du CPI).

Attention : il s'agit d'une exception aux droits des auteurs : comme toute exception, elle est **d'interprétation stricte**. Pour en bénéficier, l'archivage ou la consultation doit être accessible au public sans déboucher sur un avantage économique ou commercial direct ou indirect.

La signature d'un partenariat commercial avec une marque est par exemple un avantage commercial indirect.

De même, si la consultation « sur place » permet une mise à disposition électronique des œuvres numérisées consultables sur place par intranet, elle n'autorise pas une mise à disposition sur un site Internet.

L'exception de courte citation

Le CPI a prévu que les auteurs et les bénéficiaires de droits voisins ne peuvent interdire les analyses et courtes citations justifiées par les caractères critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées (un journal télévisé par exemple...) sous réserve d'éléments suffisants d'identification de la source (art. L. 211-3 et L. 122-5).

Le choix appartient naturellement à celui qui réalise la deuxième œuvre.

Rappelons que, comme toute exception, cette notion de « brefs extraits » est d'interprétation stricte et soumise, en cas de conflit, à l'appréciation souveraine des juges du fond.

ENGAGEMENT & AUTORISATION AUPRÈS DES TITULAIRES DE DROITS VOISINS

L'ARTISTE-INTERPRÈTE

1) Contrat de travail

Le producteur ayant conçu le projet de produire la captation doit engager l'artiste au titre de l'exécution de sa performance – et des répétitions (éventuelles) y afférentes – dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée d'usage conformément aux dispositions des articles L. 122-1-1 3°, L.1242-2 3° et D. 1242-1 6° du Code du travail ainsi que de la convention collective applicable (notamment au niveau des rémunérations).

À noter qu'une déclaration préalable d'embauche devra être déposée par le producteur auprès de l'Urssaf sous le numéro de cotisant de l'artiste.

2) Cession des droits et autorisations nécessaires à l'exploitation de la captation

L'article L. 212-3 du CPI impose que soient **soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète** la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public – ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la performance lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et pour l'image.

2.1. Le contrat conclu entre le producteur du spectacle et l'artiste-interprète au titre de l'exécution d'une représentation n'induit pas son enregistrement : **un contrat spécifique doit donc être conclu.**

Ce contrat d'enregistrement doit prévoir :

- un salaire d'enregistrement distinct de celui versé au titre de l'engagement pour le spectacle ;
- la cession des droits à titre exclusif en vue d'une exploitation commerciale et/ou non commerciale (télédiffusion, droit de reproduction par tout procédé technique connu ou inconnu, sur tout support et en tout format) et/ou pour toute exploitation secondaire (vente, festival, réseau câblé...);
- une rémunération distincte en contrepartie de chaque mode d'exploitation, en fonction de l'enregistrement et de la diffusion.

2.2. L'article L. 212-4 alinéa 1 prévoit expressément que la signature d'un contrat d'engagement **avec un producteur audiovisuel** emporte présomption **irréfragable** (dont on ne peut démontrer le contraire) de cession au producteur du droit d'autoriser la fixation, la reproduction et la communication de la prestation de l'artiste-interprète **sous réserve, comme l'indique son alinéa 2, que soit prévue une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation.**

ATTENTION : à noter que ;

- le droit moral de l'artiste-interprète s'applique dans les mêmes conditions que celui de l'auteur : il dispose du droit au respect de son nom de même que celui de son interprétation (L. 212-2 du CPI) ;
- si un artiste-interprète est sous **contrat d'exclusivité** avec un producteur phonographique, au titre de l'enregistrement sonore et audiovisuel de ses prestations musicales, il sera nécessaire d'obtenir l'autorisation préalable de ce producteur phonographique pour pouvoir exploiter la captation produite.

INTERVENTION DES SOCIÉTÉS DE GESTION COLLECTIVE :

De nombreux auteurs, artistes-interprètes et producteurs ont délégué l'administration de leurs droits à des organismes de gestion collective (OGC) telles que la Sacem, la SACD, l'Adami, la SPEDIDAM..., vers lesquelles il convient de se rapprocher afin de solliciter les autorisations nécessaires à l'exploitation des œuvres ou des interprétations.

Dans ce cas, une « **clause de réserve OGC** » insérée au niveau des rémunérations dans un « contrat de cession de droits d'auteur » permettra de préciser que, pour les exploitations sous forme de vidéo (DVD), les exploitations par télédiffusion, radio, *pay per view*, VOD et autres modes de diffusion, l'OGC percevra – grâce aux accords généraux qu'elle a signés, notamment avec les diffuseurs français – la rémunération de l'auteur directement auprès de tous les exploitants (télédiffuseurs, éditeurs DVD via la SDRM, opérateurs VOD, radios...) dans les pays francophones et auprès des sociétés étrangères pour les pays avec lesquels la OGC dispose d'un contrat de réciprocité.

ATTENTION : les OGC ne gèrent que les droits patrimoniaux, les droits moraux restent une prérogative exclusive de l'auteur.

QUELLE CONVENTION COLLECTIVE APPLIQUER LORS DE L'ENREGISTREMENT D'UNE CAPTATION AUDIOVISUELLE ?

C'est l'activité principale de l'entreprise qui doit être prise en compte pour déterminer la convention que doit appliquer la structure – l'un des principaux critères dégagés par la jurisprudence en la matière, c'est de retenir le secteur pour lequel la part majoritaire de chiffre d'affaires est réalisée (ou le chiffre d'affaires prévisionnel pour une structure nouvellement créée).

1. Si l'activité principale de l'entreprise qui produit l'enregistrement audiovisuel est la **production de spectacles vivants**, s'appliquera :
 - si elle appartient au secteur public : la CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DES ENTREPRISES ARTISTIQUES ET CULTURELLES (n° 3226) – convention étendue ;
 - si elle appartient au secteur privé : la CONVENTION NATIONALE DES ENTREPRISES DU SECTEUR PRIVÉ DU SPECTACLE VIVANT (n° 3090) – convention étendue.
2. Si l'activité principale de l'entreprise qui produit l'enregistrement est la **production audiovisuelle**, s'appliquera : la CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE LA PRODUCTION AUDIOVISUELLE (n° 2642) – convention étendue.
3. Si l'activité principale de l'entreprise qui produit l'enregistrement est **l'édition phonographique**, s'appliquera : la CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE L'ÉDITION PHONOGRAPHIQUE (n° 2770) – convention étendue.

Le producteur de phonogrammes et/ou de vidéogrammes d'œuvres utilisés au sein du spectacle

Le producteur de phonogrammes et/ou de vidéogrammes peut autoriser la reproduction des supports et en contrôler les actes de circulation commerciale (vente, échange, location) : son autorisation est donc requise en cas de reproduction (donc de fixation) et de mise à disposition du public par la vente, l'échange ou la location.

PRÉCISION CONCERNANT LES DROITS VOISINS

Indépendamment des droits conférés aux auteurs, le CPI confère une protection dénommée « droits voisins » à certains acteurs de la création : artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes ou vidéogrammes et entreprises de communication audiovisuelle.

Les bénéficiaires des droits voisins jouissent d'un droit exclusif leur permettant d'autoriser ou d'interdire l'utilisation et l'exploitation de leur prestation et d'en percevoir une rémunération.

La durée de protection des droits voisins est de 70 ans : la durée de 50 ans est portée à 70 ans et s'aligne sur les durées des droits voisins qui ont cours à l'étranger, notamment aux États-Unis. Le point de départ du délai démarre (transposition de la directive n° 2011/77/UE du 27-09-11) à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivante :

- celle de la première interprétation pour les artistes-interprètes ;
- celle de la première fixation d'une séquence de son pour les producteurs de phonogrammes ;
- ou celle de la première fixation d'une séquence d'images pour les producteurs de vidéogrammes.

Toutefois, si la fixation de l'interprétation, du phonogramme ou du vidéogramme fait l'objet d'une communication au public ou d'une mise à disposition du public, pendant la période précitée, la durée de protection sera décomptée à partir de la date de cette communication ou de cette mise à disposition.

LE DROIT À L'IMAGE

Le droit à l'image d'une personne se définit comme « *le droit que chacun possède sur la reproduction ou l'utilisation de sa propre image* ».

L'image d'un individu a à la fois un caractère **patrimonial** (il peut monnayer l'utilisation de son image) et un caractère **extrapatrimonial**, son image étant un attribut de sa personnalité.

Élaboré par la jurisprudence, c'est-à-dire par les décisions de justice qui par essence évoluent dans le temps, à partir de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à l'image confère à toute personne le droit au respect de son image quand il est montré dans sa « vie privée », que ce soit en photographie ou en matière audiovisuelle.

Toute personne peut donc, en principe, s'opposer à la publication/diffusion de faits concernant sa vie privée, notamment par la fixation et la divulgation de son image. Pour reproduire l'image d'une personne (et/ou sa voix), il est impératif d'obtenir une autorisation préalable « *effective, non équivoque et spéciale* », la personne devant (pouvoir) savoir les exploitations qui pourront être faites de son image.

L'autorisation ne se présume pas mais le consentement peut être donné par tout moyen, notamment tacitement... mais elle doit être « **non équivoque** ».

La jurisprudence considère que certaines autorisations sont présumées du fait du comportement de la personne : c'est le cas lorsque l'enregistrement est accompli au vu et au su de la personne filmée sans qu'elle ne s'y soit opposée alors qu'elle était en mesure de le faire.

De plus, la jurisprudence combine le droit à l'image au principe fondamental dans une démocratie contemporaine de liberté d'expression pour aboutir au « **droit à l'information par l'image** ».

Dès lors, une personne ne peut s'opposer à la divulgation de son image si elle se retrouve prise dans un « événement public » et que le public a un « intérêt légitime » à être informé (par exemple dans le cas d'un reportage d'actualité).

ATTENTION : la jurisprudence considère que les artistes-interprètes donnent une autorisation tacite de diffusion de leur image lorsqu'elle est prise dans le cadre de leur activité professionnelle et qu'ils ont donné leur accord à l'enregistrement d'une captation et son exploitation.

Le droit à l'image s'applique également sur les biens d'une personne mais la jurisprudence ne considère pas ce droit comme exclusif : le propriétaire d'un bien ou l'exploitant d'un lieu doit donc démontrer que la publication de l'image de son bien lui cause un trouble anormal (exploitation abusive et préjudiciable ou manque à gagner dans le cadre de l'exploitation d'un lieu, de son image [et donc] de sa notoriété sans qu'une contrepartie financière ait été négociée).

LE LIVESTREAM

1. DÉFINITION DU LIVESTREAM

Actuellement, la définition du livestream musical n'est encadrée par aucun texte réglementaire ni précisée par jurisprudence. Elle ne fait pas non plus l'objet d'un consensus partagé par les acteurs de la filière musicale.

À ce stade et en l'absence de cadre clair, le livestream est entendu dans cet exposé comme un mode de diffusion sur des canaux numériques d'une captation de spectacle, cette diffusion s'effectuant en direct (simultanément à la représentation) ou en diffusion éphémère/événementielle (en différé mais sans possibilité de visionnage « à la demande »).²

1) du point de vue juridique, ce procédé suppose à la fois :

- un **acte de représentation** : la diffusion numérique en direct/instantanée de la représentation à partir de la mémoire vive de l'ordinateur de l'internaute, ce qui constitue une exécution publique,
- un **acte de reproduction** : le stockage de la captation sur le serveur d'hébergement du média (intermédiaire) proposant sa diffusion à l'internaute (consommateur final) ;

2) la mise à disposition d'une performance/de la représentation d'un spectacle en livestream nécessite donc d'avoir acquis au préalable auprès de l'ensemble des contributeurs et ayants droit concernés l'autorisation expresse de :

- numériser la représentation afin qu'elle puisse être stockée sur le site source de la plateforme de diffusion en ligne,
- et communiquer en instantanée aux internautes connectés la représentation du spectacle ainsi numérisée.

Dans le cadre d'un contrat signé avec le producteur audiovisuel, en charge de la responsabilité financière de la captation, la présomption prévue à l'article L. 212-4 du CPI s'appliquera (cf. infra). À défaut de producteur audiovisuel, il sera nécessaire d'obtenir une autorisation expresse autorisant l'exploitation en livestream auprès de l'ensemble des titulaires de droits.

2. LES DIFFÉRENTS CAS DE LIVESTREAM

1) l'artiste qui « performe » seul chez lui et choisit de communiquer sans montage ni édition sa performance en temps réel aux internautes le rejoignant sur un réseau social ou une plateforme de diffusion en ligne présélectionnée.

² Cette approche s'appuie sur un développement précisé dans l'étude "État des lieux exploratoire du livestream musical" (CNM, 2021).

La connexion peut intervenir de la part des internautes à tout moment au cours de la performance, jusqu'à ce que l'artiste décide d'en interrompre la diffusion, c'est-à-dire la visualisation par les internautes.

C'est l'artiste qui prend seul l'initiative du livestream – il lui appartient de vérifier et de gérer toutes les demandes d'autorisation préalables et cessions de droits éventuellement nécessaires pour pouvoir diffuser sa performance (autorisation des maisons de disques, gestion de toute problématique liée à l'exclusivité de l'artiste, éventuellement préalablement concédée à des tiers).

2) le producteur de spectacles d'un artiste ayant signé avec ce dernier un contrat d'engagement exclusif sur une période déterminée **prend l'initiative de faire diffuser en livestream une représentation publique** via un réseau social ou une plateforme présélectionnée.

Il appartient au producteur de spectacles de faire signer à l'artiste un contrat d'engagement spécifique au titre de sa performance (cf. *infra contrat de travail de l'artiste-interprète*) et d'obtenir son autorisation écrite lui permettant de fixer, reproduire et communiquer au public l'enregistrement dans le cadre du livestream (cf. *infra cession des droits et autorisations nécessaires à l'exploitation de la captation*).

À noter que le producteur de spectacles peut aussi i) coproduire le livestream avec un producteur audiovisuel ; voire ii) déléguer cette production à un prestataire audiovisuel – il incombe à ce dernier de prendre à sa charge les obligations citées au paragraphe précédent (et de garantir l'avoir dûment effectué auprès du producteur).

3) le public et les musiciens peuvent ne pas être réunis dans un même espace physique mais dans un espace numérique virtuel nécessitant une connexion par l'intermédiaire d'un réseau social ou d'une plateforme de diffusion en ligne présélectionnée ; dans ce cas, l'unique objet de la performance exécutée par l'artiste est d'être diffusée en livestream – il n'y a pas de public physique sur le lieu d'enregistrement.

Le producteur de spectacles engagera l'artiste dans les mêmes conditions que celles indiquées ci-dessus – sinon que l'article L. 212-4 du CPI trouvera application (cf. *infra*).

À noter que :

– le livestream peut être hybride et cumuler à la fois des spectateurs en présentiel et des spectateurs en virtuel – balcon virtuel : les recettes de billetterie se cumulent alors ;

– public et musiciens peuvent ne pas être réunis dans un même espace-temps – avec une diffusion en différé par rapport à l'enregistrement en direct. Au sein des diffusions en différé, on distingue les VOD (où chaque diffusion est isolée des autres, avec possibilité de rediffusion à la demande sur une période définie) des diffusions événementielles éphémères, avec un rendez-vous programmé en ligne, sans possibilité de mise en pause ou de rediffusion immédiate. Ces dernières peuvent exister pour tenir compte par exemple des problématiques de décalages horaires, fuseaux horaires ou tout simplement pour des impératifs d'agenda culturel, et se caractérisent par une programmation sur un temps court.

3. LES CONTRIBUTEURS

La réalisation audiovisuelle/exploitation d'une représentation en livestream obéit en tous points au régime de la captation développé ci-dessus.

1) les contributeurs sont les mêmes que ceux identifiés pour la captation :

auteurs du spectacle / artistes-interprètes et/ou musiciens / producteurs de phonogrammes et/ou vidéogrammes / producteurs du spectacle vivant / exploitants du lieu où le spectacle est capté / spectateurs isolés par des effets de réalisation en cas de live promotionnel, auteurs de la réalisation de la captation.

2) cession de droits afférente :

L'obtention d'une autorisation préalable et expresse de l'ensemble des protagonistes visés ci-dessus pour pouvoir diffuser le livestream est un prérequis – étant précisé que les conditions d'exploitation doivent faire l'objet d'une description précise (durée de la cession, description des plateformes de diffusion autorisées, territoires d'exploitation, etc.).

- en cas de recours direct à un réalisateur, le producteur devra veiller à se faire céder la totalité des droits nécessaires à la fois pour la diffusion livestream – mais aussi le cas échéant pour une exploitation commerciale ultérieure (retransmission VOD, édition DVD, etc.) ;
- en cas de recours à un prestataire, il appartiendra au producteur de vérifier que le prestataire lui garantit de pouvoir disposer des droits tels que précités au premier paragraphe.

Pour rappel : les cessions génériques du type « tous droits cédés » ne sont pas valables – de même qu'une cession de droits est toujours interprétée de façon restrictive par les tribunaux en cas de conflit : ainsi, une autorisation permettant une diffusion livestream n'induit pas la possibilité pour son bénéficiaire d'exploiter ultérieurement l'enregistrement en streaming.

Pour l'utilisation de phonogrammes et/ou de vidéogrammes au sein du spectacle : l'autorisation du producteur est requise en cas de reproduction et de mise à disposition du public – y compris pour l'exploitation de ses productions en livestream.

4. MONÉTISATION DU LIVESTREAM

4.1. – C'est au producteur de l'enregistrement – s'il existe – qu'il appartient de négocier les conditions d'exploitation, et donc les conditions de monétisation du livestream avec ses différents interlocuteurs, notamment les réseaux sociaux et plateformes de diffusion en ligne conformément aux droits acquis dans le cadre de la négociation des cessions de droits et autres autorisations avec l'ensemble des contributeurs.

La monétisation du livestream peut consister en un système de libre participation, pourboire, entrée payante pour accéder au contenu live, partenariat payant, publicité, abonnement à une plateforme pour accéder au contenu, accès au live conditionné à l'achat de merchandising..., l'enjeu pour l'artiste – et autres ayants droit – étant dans

cette économie balbutiante de vérifier directement dans le cadre des autorisations négociées ou dans le cadre de négociations collectives, que ces (nouveaux) modes de perception soient bien intégralement intégrés dans les assiettes de rémunération à prévoir (distinctement et pour rappel selon le CPI – voir *infra*) au titre de chaque mode d'exploitation autorisé.

À défaut, en cas de litige entre les différents protagonistes – notamment en matière de rémunération/perception/reddition de comptes, seuls les juges du fond saisis dans le cadre d'une procédure judiciaire pourront le cas échéant interpréter souverainement les dispositions d'un contrat litigieux.

4.2. – S'ajoute(ra) très certainement, au fur et à mesure des négociations des OGC en cours ou à venir, la monétisation secondaire des titulaires de droits d'auteur et droits voisins au titre de la diffusion livestream.

Ainsi, les principales OGC ont signé avec la plupart des grandes plateformes à l'instar de Facebook, Instagram, Twitch ou YouTube des accords de licence d'utilisation leur permettant de redistribuer au bénéfice de leurs membres – auteurs, compositeurs et éditeurs –, des rémunérations au titre de l'autorisation relative à l'utilisation de leurs droits dans le cadre du streaming à la demande, c'est-à-dire pour la communication des spectacles exclusivement enregistrés.

L'identification, la valorisation et la rémunération de ces mêmes droits dans le cadre des livestreams est en cours d'élaboration au sein des OGC.

À noter que :

- il n'y a aucune mention spécifique concernant la rémunération des artistes embauchés dans le cadre du livestream dans les conventions collectives applicables au secteur ;
- que les entrepreneurs de spectacles, eux, ne touchent aucun revenu secondaire sur les captations de concerts (à moins d'être producteurs de l'enregistrement et affiliés à une société civile de producteurs) et sont donc moins enclins à mener des captations juridiquement complexes à exploiter ;
- l'administration fiscale ne s'est pas encore saisie de la problématique des livestreams, et qu'à ce stade la question de la TVA applicable sur ce type de diffusion n'est pas arrêtée.

5. RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES

Les plateformes de partage de contenu en ligne bénéficient d'un régime de responsabilité atténuée relativement aux contenus mis en ligne par leurs utilisateurs. Leur responsabilité ne peut être mise en œuvre que si elles sont averties du contenu illicite disponible sur leur site et qu'elles ne suspendent pas promptement la diffusion du contenu litigieux.

Le 15 avril 2019, le Conseil de l'Union européenne a approuvé formellement la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (non encore transposée en droit national), dont l'article 17 tend à élargir la responsabilité de ces plateformes en considérant qu'elles effectuent des actes relevant du droit d'auteur en diffusant/mettant

en ligne des œuvres protégées et en les incitant – de ce fait – à obtenir l’autorisation des titulaires de droits concernés, par exemple en concluant un accord de licence, ce qu’ont d’ores et déjà signé les géants d’Internet.

BOÎTE À OUTILS

Réflexions à utiliser/méditer :

1. Anticiper la réalisation d’une captation bien en amont lors de la (pré)production du spectacle au moment de la signature des contrats avec l’ensemble des protagonistes (artistes, exploitant de la salle, label, éditeur...) en termes d’autorisations, de cessions de droits et de modalités financières.

2. Toujours signer le contrat de production audiovisuelle avant le tournage sauf à prendre le risque de générer/gérer les conflits par la suite.

3. C’est en principe au producteur audiovisuel d’obtenir l’autorisation écrite de l’ensemble des contributeurs à la captation avant d’y procéder, même si souvent la conclusion des contrats est mise à la charge du producteur de spectacles, ce qui peut faire courir à ce dernier le risque de garantir des obligations qu’il n’a pas forcément les moyens de contrôler.

4. Toujours vérifier que les clauses de cession de droits sont conformes aux règles précitées et qu’elles sont le plus larges possibles (en termes de supports, territoires, exploitation). **Tous les droits qui ne sont pas cédés sont réservés. Les mentions « tous droits cédés » ou équivalentes ne sont pas valables.** Les autorisations et cessions de droits obéissent à une logique de « chaîne contractuelle » : à aucun moment un maillon ne doit venir à manquer, sauf à voir la responsabilité du producteur de l’enregistrement engagée.

5. Toujours porter une attention particulière sur les clauses de « garanties » dans l’ensemble des contrats (un prestataire doit garantir les droits qu’il cède au producteur, de même pour les contributeurs, partenaires et/ou coproducteurs) :

- celles que vous accorderez et pour lesquelles vous engagerez *in fine* votre responsabilité ;
- celles que vous demanderez, notamment si vous estimez ne pas avoir suffisamment d’informations ou de justifications sur tout ou partie des contributions utilisées dans le cadre de la captation.

6. Toujours impératif de vérifier avec son courtier l’adéquation du contrat d’assurance en cas de captation audiovisuelle.

7. Anticiper les répercussions des moyens techniques nécessaires à une captation sur le plan de salle et déterminer qui en assumera le coût (places neutralisées, électricité, enlèvement des fauteuils).

8. Penser à intégrer dans la définition des assiettes de perception de rémunération dans les contrats d'artiste les droits dérivés qui pourront être utilisés dans les albums, livres, publications, affiches ou photographies destinés à la vente à partir d'un enregistrement.

9. Les mentions au générique se négocient avec l'ensemble des partenaires sur une captation : noms (à quel moment : début ou fin), mention d'un logo ou pas, organismes éventuels de subvention, producteurs, artistes, exploitants, auteurs... Les enjeux du générique sont importants et ces clauses se négocient avec précision (taille, police des caractères, place).

QUE FAIRE LORSQUE RIEN N'A ÉTÉ PRÉVU AVANT LA CAPTATION ?

Tant qu'il n'y a pas d'exploitation de la captation réalisée, il est toujours possible pour son producteur de se rapprocher des différents ayants droit afin d'obtenir les droits/autorisations nécessaires.

Attention, s'il y a exploitation de la captation sans que l'ensemble des autorisations soit réuni, la contrefaçon est consommée et le producteur de la captation se place en situation d'irrégularité.

Le producteur doit donc s'assurer d'avoir réuni l'ensemble des autorisations avant de lancer l'exploitation de sa captation. A défaut, deux situations sont envisageables :

- l'ayant droit et le producteur audiovisuel se rapprochent et se mettent d'accord *a posteriori* sur les conditions d'exploitation de la captation, voire le paiement d'un éventuel dédommagement : un accord peut alors être signé valant renoncement à tout recours devant les tribunaux pour ce litige ;
- les parties ne trouvent pas d'accord ou l'ayant droit porte directement l'affaire devant les tribunaux en assignant en contrefaçon et/ou en responsabilité : mieux vaut alors consulter son avocat...

centre national de la musique

CONTACTS

Service communication CNM
Corinne BRET
E: corinne.bret@cnm.fr
T: 01 56 69 11 40

Opus 64
Valérie SAMUEL
E: v.samuel@opus64.com
T: 01 40 26 77 94

www.cnm.fr
 @Le_CNM



CREDITS

Le présent document est une publication du Centre national de la musique, Etablissement public industriel et commercial sous la tutelle du ministère de la Culture et de la Communication. Toute utilisation ou reproduction, totale ou partielle, est soumise à l'utilisation du crédit « Sources CNM — Centre national de la musique — www.cnm.fr »

FÉVRIER 2021

AUTEUR DE LA FICHE

Pierre ÉMAILLE,
Avocat à la Cour

PHOTO

© Edward Cisneros