

## **Les clauses d'audit et les royalties : que faire ?**

**Nicolas Minvielle**

[nicolas@design-conseil.com](mailto:nicolas@design-conseil.com)

**Emmanuel Keller**

---

Lors de la mise en place d'une licence, les cédants sont régulièrement amenés à négocier des royalties dont les montants peuvent varier pour des raisons parfois inexplicables.

Pour se protéger d'éventuelles malversations, des clauses dites d'audit sont alors insérées dans les contrats de licence. Leur efficacité est cependant fort limitée et il est nécessaire de mettre en place un certain nombre d'autres outils.

## 1. Introduction

---

Aux termes de l'article 131-3 du CPI, toute cession de droits d'auteur implique que l'exploitant des droits reverse une rémunération à l'auteur. Le système est clair et communément accepté, que cela soit par les auteurs ou par les exploitants. Il soulève cependant un certain nombre de problèmes parmi lesquels figure le calcul du montant dû à l'auteur. Les nombreux scandales financiers ayant secoué des multinationales pourtant réputées irréprochables soulignent l'élasticité avec laquelle les règles comptables peuvent parfois être interprétées et mises en œuvre.

Le relevé trimestriel ou semestriel de royalties, impatientement attendu et porteur de tant d'espérance pour l'auteur peut alors rapidement devenir symbole de désillusion. Une fois cette étape franchie, il est facilement compréhensible qu'un léger doute quand à l'intégrité du partenaire effleure l'auteur déçu. Il se posera alors la question des outils à sa disposition lui permettant de vérifier ou non la pertinence de ce doute.

La formalisation de la relation entre un éditeur et un designer prend le plus souvent la forme de deux cas de figures :

- soit les parties se lient par un contrat rémunérant la prestation du designer par un forfait,
- soit les parties décident que le designer sera rémunéré en fonction d'un pourcentage des ventes réalisées.

Le premier cas ne pose, du côté du designer, aucun problème. Dans cette option, l'éditeur supporte seul le poids d'un éventuel échec. A l'inverse, dans le cas d'une rémunération au pourcentage des ventes, un certain nombre de risques se posent pour le designer du fait de la situation d'asymétrie d'information qui est créée (I). Aussi, pour cette raison, un certain nombre de mesures doivent permettre à ce dernier de limiter les risques qu'il soit lésé dans la relation dans laquelle il s'engage (II).

### **1.1. L'existence d'une situation d'aléa moral**

La relation entre un designer et un éditeur est caractéristique d'une relation d'aléa moral, certaines des actions de l'éditeur étant inobservables par le designer, et pouvant être de nature à limiter les revenus de celui-ci.

Afin de mieux comprendre cela, il suffit d'inverser la vision que l'on a traditionnellement de la relation entre éditeur et designer. Le plus souvent, on considère que l'éditeur est le commanditaire du designer (cela se traduit, dans la littérature sur le sujet, par le fait que l'éditeur va souvent être désigné sous le nom commanditaire et le designer sous celui de prestataire). Pourtant, on pourrait voir la relation en sens inverse, en considérant que le designer engage un éditeur pour usiner et distribuer son produit. La relation s'inverse alors : le designer devient le commanditaire, et l'éditeur le commandité ou prestataire.

Dans ce cas, on se retrouve dans une relation de principal – agent caractérisée par un risque moral. Le designer n'ayant aucun moyen d'observer ce qui se passe chez le commanditaire, il est dès lors incapable de savoir si le commanditaire met en place les efforts nécessaires à assurer la bonne fabrication et la bonne commercialisation du produit autrement qu'en voyant les résultats de chacun de ces processus : le produit fini et les chiffres de ventes.

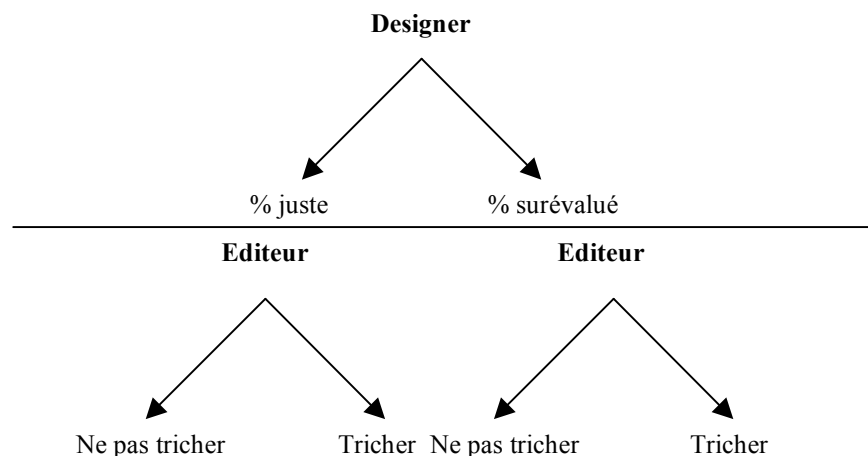
Or si le designer peut supposer que la nature du contrat qui le lie à l'éditeur le protège relativement contre une prestation de mauvaise qualité (l'éditeur se rémunérant sur les ventes du produit, il est peu probable qu'il cherche à saboter lui-même ses revenus), en revanche, il est en face d'un problème majeur quand à l'évaluation des chiffres de vente : dans la mesure où ceux-ci sont fournis par l'éditeur, comment savoir si celui-ci va chercher à tricher ?

### **1.2. L'application de la théorie des jeux séquentiels à la relation designer / éditeur montre que l'éditeur aura systématiquement intérêt à mentir sur ses ventes.**

La relation qui existe entre un designer et un éditeur peut-être assimilé à un jeu séquentiel à information parfaite. Séquentiel, parce que les joueurs jouent l'un après l'autre, et à information parfaite, parce que les deux joueurs connaissent tous les choix possibles.

En simplifiant, on peut considérer la relation comme un jeu à 2 tours. Au premier tour, le designer fixe le % qu'il souhaite toucher sur les ventes, et au deuxième tour, l'éditeur communique les chiffres de vente et paye le designer.

On a donc le schéma suivant :



Afin de résoudre cette situation, on applique un raisonnement à rebours. Le designer connaissant les deux options de sorties de l'éditeur (tricher et ne pas tricher) ainsi que les gains qui y sont associés, sait que quelque soit son choix à lui, l'éditeur aura intérêt à tricher.

De ce fait, il va demander à son tour un pourcentage surévalué, ce qui implique une perte globale, et la situation choisie est sous optimale. Le pourcentage étant élevé, le cessionnaire aura en effet de nouveau tendance à sous-évaluer les royalties...

### **1.3. La situation du designer est rendue d'autant plus difficile par les caractéristiques du marché.**

Etant donnée la nature du marché du design, la situation du designer est bien plus inconfortable. En effet, la variable d'ajustement par les prix dont il pourrait disposer au premier tour du jeu n'existe pas. L'atomicité du marché des designers ainsi que la bonne connaissance qu'en ont les éditeurs fait que il est très dur, voir impossible, pour le designer de surévaluer sa prestation.

Dès lors, cela signifie que dans le schéma ci-dessus, le seul choix du designer est de jouer « ne pas surévaluer », ce qui nous amène automatiquement à la pire des solutions pour lui.

De ce fait, on voit que le designer peut rapidement se trouver lésé. Dans les hypothèses indiquées ci-dessus, le jeu est dès le début truqué et il devient donc nécessaire de mettre en place d'autres systèmes permettant de s'assurer d'une certaine optimalité lors de la relation.

## 2. Des clauses d'audit... difficilement utilisables

---

### **Du doute....**

D'une manière générale, avant de recourir à une procédure d'audit, encore faut-il être certain d'être dans son bon droit. Fort heureusement, la légèreté de certains éditeurs, notamment dans le milieu du design facilite la tâche. Un designer peut ainsi légitimement s'étonner que de trimestre en trimestre, les ventes de ses produits soient si stables. A n'en pas douter, l'excellente gestion de l'éditeur n'y est sûrement pas pour rien, mais tout de même, tout produit a un cycle de vie et les périodes précédant Noël -au moins- devraient être synonymes de hausse des ventes. Passe encore pour un produit, mais lorsqu'il s'agit de plusieurs gammes et de leurs déclinaisons, on ne peut que sourciller. Dans le même ordre d'idée, il est difficile acceptable mais pourtant si courant pour un designer de recevoir un relevé atteignant difficilement les quatre chiffres alors que sa chaise est présente dans tous les Conran Shop et autres hauts lieux du design. La situation est encore plus cocasse quand ces relevés indiquent des redevances nulles alors que le produit est disponible dans la grande surface toute proche.

### **.. à une utilisation aisée techniquement ...**

#### *Les formalités de mise en œuvre*

Du point de vue de la forme, les formalités de mise en œuvre sont assez simples et se rapprochent fortement de celles des clauses résolutoires. L'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception à l'adresse du licencié étant la plus courante.

En ce qui concerne le fond, les choses sont nettement plus compliquées. L'écriture de la clause d'audit est de ce point de vue fondamentale. A titre d'exemple, une formulation du type « *aura la faculté de faire auditer à ses frais les livres et comptes du cessionnaire ... par tel auditeur de son choix raisonnablement acceptable par le Cessionnaire et ce aux fins de vérifier l'exactitude du décompte par lui fourni* » peut rapidement s'avérer problématique. Le raisonnablement acceptable ayant une acception ... raisonnablement large, il est de loin préférable de nommer dès la signature un auditeur qui sera chargé de la procédure. Ceci permet d'éviter toute contestation future quand à la valeur de telle ou telle société d'audit.

Par ailleurs, la date de mise en place de l'audit pose toujours problème. On imagine facilement que plus les délais entre l'envoi de la lettre et la mise en place de l'audit sont importants, plus le licencié aura la possibilité de se préparer et éventuellement de faire disparaître données compromettantes. Il est rare qu'une personne cédant ses droits soit en mesure de faire signer une clause précisant des délais de mise en place inférieurs à deux semaines. Dans le même ordre d'idée, le nombre d'audit est souvent limité à un par an.

### ***Quelles conséquences ?***

L'utilisation de la clause d'audit implique de la part du cessionnaire d'autoriser l'accès à l'auditeur à tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Toutes les problématiques liées à ce type d'interventions apparaissent alors : non communication de certaines pièces, difficultés à les faire parvenir, problèmes de consolidation des données etc. Il n'est cependant pas envisageable d'entrer dans des considérations purement opérationnelles d'audit dans le contrat de cession de droits. Lors du choix de l'auditeur, il est alors entendu que ses méthodologies de travail seront acceptées et donc mises en place. A ce dernier de s'assurer de la bonne mise en place de la procédure et de faire bonne diligence.

D'un point de vue opérationnel, les frais de l'audit sont toujours dans un premier temps à la charge du designer. Si d'aventure l'audit devait révéler une malversation ou des erreurs supérieures à X% dans les déclarations, il deviendrait alors à la charge du cessionnaire. Le X% est bien évidemment à définir au moment de la signature et peut se révéler être l'objet d'âpres discussions. On peut comprendre qu'un groupe de la taille de Virgin puisse avoir de réelles problématiques de consolidation de ses ventes et demande donc, en toute honnêteté à

ce que ce pourcentage soit élevé. Cependant, de la part d'une PME, il s'agit souvent là d'une preuve de mauvaise volonté si ce n'est de mauvaise foi. Dans le cas du design, ce pourcentage se situe couramment aux alentours de dix pour cent. Certaines entreprises n'hésitent d'ailleurs pas à considérer ce pourcentage comme un « bonus » et déduisent systématiquement des royalties un montant égal à X%-1%, ce qui leur permet de ne pas avoir à rembourser l'audit et les moins-payés tout en économisant annuellement des montants parfois conséquents.

Bien évidemment, dans le cas où des erreurs apparaîtraient, le cessionnaire devrait rembourser la totalité des sommes dues, et ce sans préjudice des autres droits tirés du contrat de cession. On comprendra facilement que de nombreux designers souhaitent arrêter ici leurs relations avec le cessionnaire et récupérer leurs droits d'exploitation.

A noter ici que pour éviter d'éventuelles discussions de la part du cessionnaire, il est dans l'intérêt du cédant de préciser que le simple envoi d'un tableau de royalties, aussi détaillé soit-il ne saurait en aucun cas être considéré comme une acceptation tacite de sa part du montant des royalties déclaré.

### ***Le cas des sous-cessionnaires***

Le cas des sous-cessionnaires est intéressant car de nombreux créatifs tendent à oublier le rôle qu'ils peuvent jouer et donc ne limitent pas la cession de droits, laissant le premier cessionnaire libre d'utiliser -parfois légèrement- les créations ainsi cédées. Une telle erreur ne doit pas être faite dans le cas de la clause d'audit. Une formulation du type « *aura la faculté de faire auditer à ses frais les livres et comptes du cessionnaire, sous-cessionnaires, agents, distributeurs ...* ».

Il est cependant préférable de parer à cette éventualité dans l'article portant sur les sous-cessionnaires en définissant clairement la chaîne de responsabilité : « *La Société demeurera seule responsable vis-à-vis du Créateur du fait de ses sous-cessionnaires, agents, et/ou distributeurs éventuels. Elle s'engage à leur faire accepter et à faire respecter les clauses des présentes relatives aux droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux du Designer et à leur usage dans le cadre des présentes* ». Si les présentes sont claires quand aux conditions de

rémunération du créateur, les responsabilités des sous-cessionnaires sont alors clairement définies.

### **.. mais difficilement envisageable d'un point de vue relationnel**

La première limite est purement opérationnelle : les procédures d'audit ont un coût, ce dernier est non négligeable et il est très clair que très peu de designers ont les moyens d'envisager de recourir à cet outil.

La deuxième limite réside dans la clause d'audit elle-même : elle est telle que seul l'auteur est à même de la déclencher, et ce souvent sur la base de simples suppositions. Les conséquences sont loin d'être négligeables. On imagine mal en effet une société de l'envergure d'Alessi se soumettre à un audit, en sortir blanchie et continuer à travailler avec un designer qui s'est révélé être par trop soupçonneux. Dans l'état actuel du marché du design, peu de créatifs peuvent réellement se permettre une telle confrontation.

Ceci amène à une remarque quand aux clauses résolutoires. En effet, les deux peuvent être liées et il est tout à fait envisageable une rédaction stipulant qu'en cas de manquement de plus de 10% dans la déclaration des revenus de l'auteur, la clause résolutoire soit activée. Lier ces deux points de manière automatique peut se révéler inopportun pour l'auteur. Cela revient à ne pas permettre au cessionnaire de tenter de régler la situation afin de repartir sur des bases plus saines.

### 3. Des méthodes alternatives ?

---

Un certain nombre de méthodes alternatives permettent de pallier dans une certaine mesure à ces diverses limitations :

- La répétition du contrat dans le temps en est une et est aisée à mettre en place dans le cadre de contrat de licence. L'idée sous-jacente est qu'avec une répétition des contrats et un renouvellement de la cession, par exemple tous les trois ans, la probabilité de découvrir une malversation et surtout de la sanctionner est beaucoup plus élevée. Le cessionnaire est alors dans une position où il risque, tous les trois ans de se voir

annuler la licence. Si cette dernière est conséquente en termes de chiffre d'affaire, il sera fortement incité à la plus grande prudence.

- Toujours dans le cadre de cette menace de sanction, le recours à une société ou personne tierce pour le recouvrement des redevances a un impact non négligeable. C'est extrêmement clair dans le cas des musiciens avec la SACEM par exemple, mais un tel organisme n'existe pas encore pour les designers. Travailler avec un agent spécialisé est actuellement le seul moyen de mettre en place une telle stratégie dans le cadre du design.
- La mise en place d'un outil comptable de suivi des redevances permet assez rapidement de comparer la situation des redevances avec les standards du milieu et ainsi de relever d'éventuelles erreurs. Ce type de systèmes n'est malheureusement pas encore couramment utilisé alors qu'il est d'une grande utilité. A titre d'exemple, avant de commencer la prestation design, il est nécessaire de se renseigner sur les ventilations en termes de chiffres d'affaires des produits. Le futur cessionnaire, pour la bonne marche du projet est souvent enclin à donner ce type d'informations. Si le designer doit travailler sur un produit représentant avant son intervention 15% des ventes et qu'il dispose du chiffre d'affaires de la société, il pourra *ceteris paribus* déterminer si les montants de redevances qui lui sont communiqués sont corrects.
- La réputation : avant d'être tenté de falsifier des comptes, le cessionnaire doit faire une évaluation du risque juridique qu'il y a à le faire. Si d'aventure le créateur s'est forgé la réputation de défendre ses droits avec la plus grande fermeté, la tentation sera nettement moins grande.

#### 4. Conclusion

---

Dans le cadre d'une licence, il est parfois extrêmement aisé à un cessionnaire de falsifier les relevés de royalties. L'insertion d'une clause d'audit permet de pallier en grande partie à ce problème mais elle se révèle souvent malaisée à mettre en place.

Certaines méthodes alternatives permettent alors de pallier dans une certaine mesure aux manques d'un éventuel audit, mais elles ne permettront malheureusement jamais d'atteindre le risque zéro.

## 5. Bibliographie

---

Borja De Mozota B. (2002), *Design management*, Paris, Editions de l'Organisation.

Kapferer J.N (1991), *Les marques, capital de l'entreprise*, Paris, Les éditions d'Organisation

Minvielle N (2006), « la cuillère d'E ou de la nécessité d'un management spécifique au design », Paris, Revue Française de Gestion, N° 162

Minvielle N (2006), *Design et croissance*, Paris, Maxima